

الحزء الرابع
من تبين الحقائق شرح كنز الدقائق تأليف الامام العالم
العامل العلامة البحر الحبر الفهامة فريد
دهره ووحيد عصره نضر الدين
عثمان بن علي الزيلعي الحنفي
نفعنا الله ببركته وأسكنه
فسيح جنته
أمين

وبهامشه حاشية الشيخ الامام العلامة العمدة الفهامة شهاب
الدين أحمد الشلبي على هذا الشرح الجليل نفعنا الله
الجميع بالرحمة والرضوان وأسكنهم
فسيح الجنان

﴿ الطبعة الاولى ﴾
بالمطبعة الكبرى الاميرية يولاق مصر المحمية
سنة ١٣١٤
هجريه

(فهرست)
الجزء الرابع
من شرح العلامة الزيلعي على متن الكنز

(فهرست الجزء الرابع من شرح العلامة الزيلعي على متن البكنز)

صفحة	صفحة
١٧٩ فصل في الحبس	٢ كتاب البيوع
١٨١ باب كتاب القاضي الى القاضي وغيره	٩ فصل يدخل في بيع الدار الخ
١٩٣ باب التحكيم	١٤ باب خيار الشرط
١٩٤ باب مسائل شتى	٢٤ باب خيار الرؤية
٢٠٦ كتاب الشهادة	٣١ باب خيار العيب
٢١٧ باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل	٤٣ باب البيع الفاسد
٢٢٩ باب الاختلاف في الشهادة	٦١ فصل قبض المشتري المبيع الخ
٢٣٧ باب الشهادة على الشهادة	٧٠ باب الاقالة
٢٤٢ كتاب الرجوع عن الشهادة	٧٣ باب التولية
٢٥٤ كتاب الوكالة	٧٩ فصل صح بيع العقار قبل قبضه
٢٥٨ باب الوكالة بالبيع والشراء	٨٥ باب الربا
٢٦٩ فصل الوكيل بالبيع والشراء الخ	٩٧ باب الحقوق
٢٧٧ باب الوكالة بالخصومة والقبض	٩٩ باب الاستحقاق
٢٨٦ باب عزل الوكيل	١١٠ باب السلم
٢٩٠ كتاب الدعوى	١٢٥ باب المتفرقات
٣٠٤ باب التحالف	١٣٤ كتاب الصرف
٣١٣ فصل قال المدعى عليه هذا الشيء أو دعيه	١٤٥ كتاب الكفالة
أو أجرنيه الخ	١٦١ فصل ولو أعطى المطلوب الكفيل الخ
٣١٥ باب ما يدعيه الرجلان	١٦٧ باب كفالة الرجلين والعبدین
٣٢٩ باب دعوى النسب	١٧١ كتاب الحوالة
	١٧٥ كتاب القضاء

الجزء الرابع

من تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق تأليف الامام العالم
العامل العلامة البحر الحبر الفهامة فريد
دهره ووحيد عصره فخر الدين
عثمان بن علي الزيلعي الحنفي
نفعا الله ببركته وأسكنه
فسيح جنته
أمين

وبهامشه حاشية الشيخ الامام العلامة المحدث الفهامة شهاب
الدين أحمد الشلبي على هذا الشرح الجليل تعمد الله
الجميع بالرحمة والرضوان وأسكنهم
فسيح الجنان

﴿الطبعة الاولى﴾

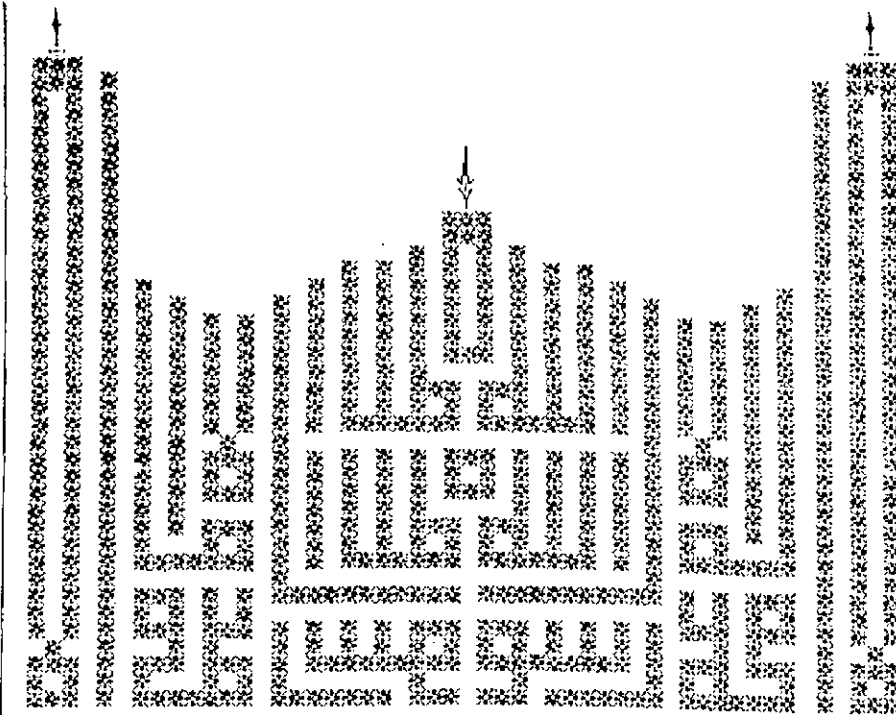
بالمطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصر المحمية

سنة ١٣١٤

هجريه

كتاب البيع

وفي بعض نسخ المتن البيوع
اه ومناسبة البيع بالوقف
من حيث ان في كل منهما
ازالة الملك في الوقف نزول
الملك عن الوقف بعد حكم
الحاكم من غير ان يدخل
في ملك الموقوف عليه وفي
البيع نزول الملك عن البائع
ويدخل في ملك المشتري
فكان الوقف كالفرد
والبيع كالركب من أن
الوقف فيه زوال بلادخول
والبيع فيه زوال ودخول
والمفرد سابق على المركب
فلذا أخذ كرا البيع عنه اه
اتفقنا رحمه الله وكتب
مانعه ثم البيع مصدر فقد
يراد به المفعل فيجمع
باعتباره كما يجمع المبيع
وقد يراد به المعنى وهو الاصل
فجمعه باعتبار أنواعه فان
البيع يكون مسلما وهو بيع
الدين بالعين وقلبه وهو
البيع المطلق وصرفا وهو
بيع الثمن بالثمن ومقايضة
بيع العين بالعين وبخيار



بسم الله الرحمن الرحيم

(كتاب البيع)

وهو من الاضداد يقال باع كذا اذا أخرجه عن ملكه أو أدخله فيه وفي الخبر قال عليه السلام لا يخطب
الرجل على خطبة أخيه ولا يبيع على بيع أخيه أي لا يشتري على شراء أخيه لان المنهي عنه هو الشراء
لا البيع وقال الفرزدق

ان الشيباب لرايح من باعه * والشيب ليس لبائعيه تجار

ويقع في الغالب على اخراج المبيع عن الملك قال رحمه الله (هو مبادلة المال بالمال بالتراضي) وهذا في
الشرع وفي اللغة هو مطلق المبادلة من غير تقييد بالتراضي وكونه مقيد به ثبت شرعا لقوله تعالى الآن
تكون تجارة عن تراض وهو جازئ ثبت جوازها بالكتاب والسنة واجماع الامة أما الكتاب فما تلونا وقوله

ومن خير ما مؤجل الثمن ومراجعة وثابة ووضيعة وغير ذلك اه كال رحمه الله قال الكمال وأما مفهومه لغة وشرعا
فقال نخر الاسلام البيع لغة مبادلة المال بالمال وكذا في الشرع لكن زيد فيه قيد التراضي اه والذي يظهر أن التراضي لا بد منه لغة أيضا
فانه لا يفهم من باعه وباع زيد عبده الا أنه استبدل به بالتراضي وأن لاخذ غصبا واعطاء شيء آخر من غير تراض لا يقول فيه أهل اللغة باعه اه
(قوله يقال باع كذا) وبتعدي بنفسه وبالخرف باع زيد الثوب وباعه منه قال الكمال وقد كتبت على هامش المجمع في باب المضاربة حاشية من
المصباح نافعة هنا اه وكتب مانعه وركنه الايجاب والقبول لانهم ايدوا لان على الرضا الذي تعلق به الحكم وكذا ما كان في معناها وشرطه
أهلية المتعاقدين حتى لا ينعقد من غير أهل ومحله المال لانه يبنى عنه شرعا وحكمه ثبوت الملك للمشتري في المبيع والبائع في الثمن اذا كان بائنا
وعند الاجازة اذا كان موقوفا اه اختيار (قوله في المتن بالتراضي) وهذا التعريف يتناول القرض أيضا اه (قوله وفي اللغة هو مطلق
المبادلة) وكذا الشراء سواء كانت في مال أو غيره قال الله تعالى ان الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم وقال أولئك الذين اشترى
الضلالة بالهدى والعذاب بالمغفرة وفي الشرع مبادلة المال المتقوم بالمال المتقوم تملك أو تملك كفايا وجد عليه كالمال بالمنافع فهو اجارة
أو نكاح وان وجد مجانا فهو هبة اه اختيار وفي مشكلات خواهر زاده قال نخر الاسلام البيع في اللغة عبارة عن تملك المال بالمال
وفي الشرع هكذا أيضا وكذا الشراء والاشترى والابتاع وباعتبار حقيقة اللغة تقع هذه اللفاظ على فعل البائع والمشتري على سبيل

الاشتراك قال تعالى وشروه أي باعوه الآن في العرف اختص لفظ البيع بالبائع ولفظ الشراء بالاشتراء والابتاع بالمشتري اه وكتب ما نصه وقال المصنف في آخر باب البيع الفاسد قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع وكل من عوضه مال ملك المبيع بقيمة قال الشارح وشرط أن يكون في العقد عوضان كل منهما مال ليحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال ليخرج عنه البيع بالمينة وشروه والبيع مع نفي الثمن في رواية اه (قوله وما السنة فاروى) في السنن مسندنا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال يامعشر التجاران البيع يحضره اللغو والخلف فشووبه بالصدقة اه اتقاني (قوله في المتن ويلزم) أي ينعقد البيع انعقاداً لازماً اه عني (قوله في المتن بإيجاب) وهو في اللغة الإثبات وفي الفقه ما يذ كر أولاً من كلام المتعاقدين لأنه يثبت خيار القبول لا خيار النفي شئني وكتب على قوله بإيجاب قال الاتقاني والإيجاب عبارة عما صدر عن أحد العاقدين أو لاسمى به لأن الإيجاب نقيض السلب وهو الإثبات والمتكلم منهما أولاً بقوله بعث أو اشتريت يريد إثبات العقد بشرط أن يضم إليه قول الآخر أو سمى به لأن قوله بعث واشتريت فعل والفعل صرف الممكن من الامكان إلى الوجود فكان قوله بعث أو اشتريت إيجاباً لأنه قبل التلطف (٣) به كان في حيز الامكان فصار بعد

التلطف واجب الوجود لغيره ثم سمي كلام الآخر قبولاً لما أوجبه الآخر وإن كان هو إيجاباً في الحقيقة حتى يمتاز السابق من كلام العاقد من اللاحق اه وكتب عليه أيضاً قال الكمال والإيجاب لغة الإثبات لا شيء كان والمراد هنا إثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع أو لا سواء وقع من البائع كبعث أو من المشتري كأن يبتدئ المشتري فيقول اشتريت منك هذا بألف والقبول الفعل الثاني والافعل منهما إيجاب أي إثبات فسمى الإثبات الثاني بالقبول تمييزاً له عن الإثبات الأول ولأنه يقع قبولا ورضاً بفعل الأول وحيث لم يصح إرادة اللفظين بالبيع بل

تعالى وأحل الله البيع وحرم الربا وأما السنة فاروى أنه عليه السلام باع قدحاً وحلساً وكافاً يتبايعون فأقرهم عليه وأما الاجماع فان الامة أجمعت على جوازها وأنه أحد أسباب الملك قال رحمه الله (ويلزم بإيجاب وقبول) وقال الشافعي لا يلزم به بل لها خيار المجلس لقوله عليه السلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا اذهب ما يتبايعان بعد البيع وقبله متساومان ولنا أن العقد تم من الجانبين ودخل المبيع في ملك المشتري والفسخ بعده لا يكون إلا بالتراضي لمسا فيه من الأضرار بالآخر بإبطال حقه كسائر العقود وما رواه محمول على خيار القبول فإنه إذا أوجب أحدهما للملك منهما الخيار ما دام في المجلس ولم يأخذ في عمل آخر وفي لفظه إشارة إليه فانه ما يتبايعان حالة البيع حقيقة وما بعده أو قبله مجازاً كسائر أسماء الفاعلين مثل المتبايعين والمتراضين فيكون التفرق على هذا بالأقوال كما في قوله تعالى وإن يتفرقا يغن الله كلاً من سعته لأنه إذا طلقها على مال تحصل الفرقة بقبولها هذا تأويل محمد وقال أبو يوسف هو التفرق بالابتن بعد الإيجاب قبل القبول وقال عيسى هذا أولى لماعهذنا في الشرع أن الفرقة موحية للفساد كما في الصرف قبل القبض وما ذكره نوجب التمام ولا نظيره في الشرع فكان ما ذكرنا أولى لكونه مراداً وما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه كان يبيع ويفارقه خطوات خشية أن ترد أو يمل منه وتأويل الصحابي عندنا لا يكون حجة أو يجوز أن يكون فعل ذلك لقطع الاحتمال حتى لا يتحقق عليه الآخر بذلك فيقطع الاحتمال بيقين احتياطاً لا يحميه محالته عليه إلا لأن مذهبه كذلك بدليل أنه قال ما دركت الصفة حيا فهو من مال المتبايع أي إذا هلك بعدها وقال عليه السلام من ابتاع طعماً فلابا يبعه حتى يقبضه من غير قيد به أو ما قوله اذهب ما يتبايعان بعد البيع فقد ذكرنا أن الحقيقة فيه حالة البيع ولا يمحتمل أنه عليه السلام بما هما متبايعين لقرينهما من البيع كما سمي العصير خروا معاً عيل عليه السلام ذبيحاً وإنما كان له خيار القبول لأنه لو لم يكن له الخيار للزم البيع من غير اختيار الآخر ولدخل في ملكه وليس ذلك في وسع الموجب والموجب أن يرجع في هذه الحالة لأنه ليس فيه إبطال حق الغير بخلاف ما إذا قضى الأصيل الدين الكفيل قبل أن يقضى الكفيل أو دفع الزكاة إلى الساعي قبل الحول حيث لا يكون له ما أن يرجع فيه لأن حق الكفيل

حكمه ما هو الملك في البدلين وجب أن يرد بقوله ينعقد يثبت أي الحكم فان الانعقاد انما هو لفظين لا لملك أي انضمام أحدهما إلى الآخر على وجه يثبت أثره الشرعي وقوله في القبول أنه الفعل الثاني يفيد كونه أعم وهو كذلك فان من الفروع ما لو قال كل هذا الطعام بدرهم فأكله تم البيع وأكله حلال والركوب واللبس بعد قول البائع أركبها بعائنة واللبس بكذا رضا بالبيع وكذا إذا قال بعثتك بألف فقبضه ولم يقل شيئاً كان قبضه قبولا بخلاف بيع التعاطي فإنه ليس فيه إيجاب قبض بعد معرفة الثمن فقط وسيأتي مثله في جعله مسألة النقض بعد قوله بعثتك بألف من صور التعاطي كما فعله بعضهم نظراً وفي فتاوى قاضيان قال اشتريت منك هذا بكذا فقصصه بقبضه على هؤلاء ففعل البائع قبل أن يتفرقاً جاز و كذلك اشتريت منك هذا الثوب بكذا فافطعته لي قبضاً فطعته قبل التفرق انتهى ما قاله الكمال رحمه الله (قوله في المتن وقبول) أي وهو ما يذ كر آخر من كلام المتعاقدين أو ما يقوم مقامه من قبض المبيع اه شئني (قوله لأنه إذا طلقها على مال تحصل الفرقة بقبولها) أي وإن لم يتفرقاً بالابتن انتهى (قوله وما ذكره نوجب التمام) أي من أن المراد التفرق بالأقوال اه

(قوله وينعقد بكل لفظ ينبي عن التحقيق الخ) قال في الهداية البيوع ينعقد بالاجاب والقبول اذا كانا بلفظ الماضي قال الاتقاني ثم اعلم ان اشتراط الاجاب والقبول بان يذكرنا بلفظ الماضي اذا لم يوجدية الحال من لفظ المستقبل فاذا وجدت تنعقد بلفظ المستقبل ايضا ألا ترى الى ما قال في شرح الطحاوي ثم عقد البيوع تارة ينعقد بلفظين وتارة ينعقد بثلاثة ألفاظ فأما الذي ينعقد بلفظين فهو ان يكون لفظ المتعاقدين على الماضي أو على الاجاب في الحال أما الماضي فتحوان يقول البائع بعث منك هذا العبد بألف درهم فقال الآخر أخذت أو قبلت ثم البيوع ولو بدأ المشتري فقال اشتريت منك هذا العبد بألف درهم فقال البائع بعث أو قال هو لك ثم البيوع بينهما بلفظين وأما الاجاب فتحوان يقول البائع أبيع منك هذا العبد بألف درهم وأراد به الاجاب البيوع في الحال وقال المشتري قبلت أو اشتريت أو يقول المشتري اشترى منك هذه الجارية بألف درهم وأراد به الاجاب فقال البائع بعث ثم البيوع بينهما وأما الذي ينعقد بثلاثة ألفاظ فهو ان يكون لفظ أحدهما بلفظ الآخر فتحوان يقول البائع للمشتري اشترى منك هذا العبد بألف درهم فقال المشتري اشتريت فلا يتم البيوع ما لم يقل البائع بعث أو يقول المشتري البائع بع مني هذا العبد بألف درهم فقال بعث فلا يتم البيوع بينهما ما لم يقل المشتري اشتريت أو يقول البائع للمشتري اشتريت منك هذا العبد (٤) بألف درهم على سبيل السؤال فقال المشتري اشتريت فلا يتم البيوع ما لم يقل البائع بعث

والفقير تعالى به على تقدير أن يقضى الدين وأن يتم الحول والنصاب تام فلا عليك إبطاله وينعقد بكل لفظ ينبي عن التحقيق كبعت أو اشتريت أو وصيت أو أعطيت أو أخذت بكذا والارسال والكتاب كالخطاب حتى يعتبر مجلس أدائهم ما وليس له أن يقبل بعض البيوع دون البعض وان فصل الثمن الا اذا كرر البائع لفظة بعث مع ذكر الثمن لكل واحد عند أبي حنيفة وعندهما له ذلك ان فصل الثمن بان قال بعثت هذين كل واحد بكذا أو بعثت هذه العشرة كل واحد منها بكذا بناء على أن البيوع ينعقد بتكرار لفظة بعث عنده وعندهما بتفصيل الثمن وكذا ليس له أن يفرق في القبض عند اتحاد العقد بألفاء عن البعض أو براهه أو تأجيله قال رحمه الله (وبتعاط) أي يلزم بالتعاطي أيضا ولا فرق بين أن يكون البيوع خسيسا أو نفيسا وزعم الكرخي أنه ينعقد به في شيء خسيس لجريان العادة ولا ينعقد في النفيس لعدمها والصحيح الأول لان جواز البيوع باعتبار الرضا بصورة اللفظ وقد وجد التراضي من الجانبين فوجب أن يجوز ثم اختلفوا فيما يتم به بيع التعاطي قيل يتم بالدفع من الجانبين وأشار محمد أنه يكفي بتسليم البيوع قال رحمه الله (وأي قام عن المجلس قبل القبول بطل الاجاب) معناه اذا أوجب أحدهما البيوع ثم قام أحدهما الموجب أو الآخر قبل القبول بطل الاجاب لان القيام دليل الاعراض والرجوع فيبطل به كسائر عقود المبادلة بخلاف الخلع والعتق على مال حيث لا يبطل بقيام الزوج والمولى لانه عين من جهتهما والقبول شرط والاعيان لا تبطل بالقيام وعند الشافعي رحمه الله خیار القبول لا يعتد الى آخر المجلس بل هو على الفور وانما أنه يحتاج الى التروي والفكر والتأمل فجعل ساعات المجلس كساعة واحدة اذهبوا معكم للفرقات وبه يندفع الحرج وفيما قاله الشافعي رحمه الله حرج بين وهو منتف بالنص قال الله تعالى يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر وقال عليه السلام يسروا ولا تعسروا قال (ولا بد من معرفة قدر ووصف عن غير مباشر) لان

أو يقول المشتري للبائع أبيع منك هذا العبد بألف درهم فقال البائع بعث فلا يتم البيوع ما لم يقل المشتري ثانيا اشتريت الى هذا اللفظ رواية شرح الطحاوي (قوله) وأخذت بكذا قال الكمال وكذا اللفظ خذ بكذا ينعقد به اذا قبل بأن قال أخذته ونحوه لانه وان كان مستقبلا لكن خصوص ما دونه أعني الامر بالاخذ يستدعي سابقة البيوع فكان كالماضي الآن استدعاء الماضي سبق البيوع بحسب الرضع واستدعاء خذ سبقه بطريق الاقتضاء فهو كما اذا قال بعثت عبدك هذا

بألف فقال فهو حرق وعقوبت اشتريت اقتضاء بخلاف ما لو قال هو حر بلا فاعلا يعتق اه كمال (قوله حتى يعتبر مجلس جهاتهما أدائهما) أي ويصح رجوعه عن ذلك بعدما كتب وبعدهما أرسل قبل قبول الآخر سواء علم الرسول أو لم يعلم بخلاف ما اذا عزل الوكيل بغير علمه فانه لا ينزل اه غايه (قوله يلزم بالتعاطي) أي وهو الاخذ والاعطاء اه (قوله ولا فرق بين أن يكون البيوع خسيسا أو نفيسا) قيل النفيس نصاب السرقة فصاعدا والخسيس مادونه اه فتح (قوله وزعم الكرخي أنه ينعقد به في شيء خسيس) قال الكمال وأراد بالخسيس الأشياء المحقرة كالبقول والرفيف والبعض والجور استعسانا للعادة قال أبو معاذ رأيت سفيان الثوري جاء الى صاحب الزمان فوضع عنده فلسا وأخذ زمانه ولم يتكلم ومضى اه فتح (قوله لان القيام دليل الاعراض) قال الكمال لان المجلس أثر في جمع التفسيرات وبالقيام لا يبقى المجلس اه وكتب على قوله لان القيام دليل الاعراض مانصه قال الكمال رحمه الله وله أن يقبل مادام المجلس قائما فان لم يقبل حتى اختلف المجلس لا ينعقد واختلافه بما يدل على الاعراض من الاشتغال بعمل آخر ونحوه أما لو قام أحدهما ولم يذهب فقيام الهداية وعليه مشي جمع أنه لا يصح القبول بعد ذلك واليه ذهب قاضيخان حيث قال فان قام أحدهما بطل الاجاب لان القيام دليل الاعراض وقال شيخ الاسلام في شرح الجامع اذا قام البائع ولم يذهب عن ذلك المكان ثم قبل المشتري صح واليه أشير في جمع التفاريق اه

الشارح يكون مفسدا اه
وكتب على قوله تكون
مفسدة مانعه كافي المسلم فان
معرفة قدر المسلم فيه شرط
لجواز العقد والحاصل أن
الاعراض اذا كانت غير
مشار اليها سواء كان ثمنًا
أو مئة ما يتلصق فيها معرفة
المقدار في المبيع ومعرفة
مقدار الثمن ووصفه اه
عيني (قوله في الثمن لا مشار)
بالرفع كما تقتضاه عن بيع
العيني في شرحه اه وكتب
على قوله لا مشار مانعه
لا يشترط معرفة قدر
ووصف مشار فحذف
المضاف وأقام مشارا مدامه
اه (قوله والناصرى) مات
الناصرى محمد بن قلاوون
سنة سبع مائة واحدى
واربعين ومات الشارح
رحمه الله سنة سبع مائة
وثلاثة وأربعين اه (قوله
في الثمن ويبيع الطعام كيلا)
أى من جهة الكيل اه
عيني (قوله وأما الجراف)
فلما يشاء أى ممن أنه
بالإشارة ترتفع الجهالة
اه (قوله في الثمن ومن
باع صبرة) هى اسم
لكوم من الحب اه عيني
(قوله في الثمن كل صاع)
بالتصديق بدل من صبرة اه
(قوله لان المبيع معلوم
بالإشارة) أى الى الجملة
والثمن معلوم بالعدوى قالت
الثلاثة اه عيني

جهالة تمتنع من التزاع المانع من التسليم والتسلم فيخلو العقد عن الفائدة وكل جهالة تنقض اليه
يكون مفسدا قال (الامثار) أى لا يحتاج الى معرفة القدر والوصف في المشار اليه من الثمن أو المبيع لان
الإشارة أبلغ أسباب التعريف وجه الله وصفه وقدره معدن ذلك لا تنقض الى المنازعة فلا يمنع لجواز لان
العوضين حاضران بخلاف الربوى اذا بيع بجنسه حيث لا يجوز جزا فلا احتمال الربا بخلاف رأس مال
السلم حيث لا يجوز اذا كان من المقدرات لأن يكون معرف القدر عند أى حنيفة على ما يجي عيانه في
موضعه قال (وصح فممن حال وبأجل معلوم) معناه اذا بيع بخلاف جنسه ولم يحجمعهما قدر لقوله تعالى
وأحل الله البيع من غير فصل وعنه عليه السلام أنها اشترى من يهودى الى أحل ورهنه درعه ولا بد أن
يكون الاجل معلوم لان الجهالة فيه تنقض الى المنازعة قال (ومطلقة على النقد الغالب) أى حطاق الثمن
يقع على غالب نقد البلد ومراعاة من الاطلاق هنا أن يكون مطلقا عن قيد البلد وعن قيد وصف الثمن
بعد أن سمي قدره بأن قال عشرة دراهم مثلا فإذا كان كذلك ينصرف الى التعامل به في بلدته لان المعلوم
بالعرف كالمعلوم بالنص لا سيما اذا كان فيه تصحيح تصرفه قال (وان اختلفت النقود فسدان لم يبين)
وهذا اذا كان الكل في الرواج سواء وفى المالية مختلفة لان مثل هذه الجهالة تنفض الى المنازعة فتفسد الى
أن ترفع بالبيان فان كانت في الرواج مختلفة ينصرف الى غالب نقد البلد على ما بينا وان كانت في المالية
سواء جازا لبيع كيف كان غير أنه ان كان أحدهما أروج انصرف اليه لما ذكرنا وان كانت في الرواج سواء
كالا حادى والثانى والثلاثى جاز لان مالية كل واحد سواء غير أن الأول كل واحد منه درهم والثانى كل
اثنين منه درهم والثالث كل ثلاثة منه درهم ونظيره الكامل والعدلى والنظاهرى والنصورى والناصرى
اليوم يصرف اذا اشترى بدرهم معاومة فأعطى من أبيه ما شاء جاز لانه لا منازعة فيها ولا اختلاف فى المالية
قال (ويبيع الطعام كيلا جزا) لانه بكل واحد منهما يصير معلوما أما المكاييل فظاهرا وأما الجراف فلما بينا
في المشار اليه ومراعاة بالجراف اذا باعه بخلاف جنسه ولم يكن رأس مال السلم على ما بينا في المشار اليه
وبجنسه لا يجوز الا اذا كان قليلا وهو مادون نصف الصاع قال (وبناء) وأوجز بعينه لا يعرف قدره
لان هذه الجهالة تنقض الى المنازعة وهى الممانعة لا يجوز لجهالة قصار كالجراف وكبيع شئ لا يعرف
وصفه بالإشارة ولا يتوهم هلاكه قبل التسليم لان تسليمه يجب فى المجلس بخلاف السلم لان التسليم
فيه متأخر الى حلول الاجل فيحتمل هلاكه والاحتمال فيه ملحق بالحقيقة وهذا اذا كان الاثنا لا يتكسب
بالتكيس ولا ينقبض ولا يتبسط كالقصعة والخرف وأما اذا كان يتكسب كالزبيب والقرفة فلا يجوز
الا فى قرب الماء استحسانا للتعامل فيه روى ذلك عن أبى يوسف رحمه الله وكذا اذا كان الحجر يتفتت
وكذا اذا باعه بوزن شئ يخف اذا خف كالخيار والبطيخ وعن أبى حنيفة وأبى يوسف لا يجوز بوزن حجر
ولا بناء لا يعرف مقداره لان هذا جراف وشرط جواز الجراف أن يكون مبرزا مشارا اليه ولو كاله به
ورضى المشتري به جاز لانه صار مبرزا مشارا اليه وان باعه بعد ذلك قبل أن يعيد الكيل جاز لانه اشترا مجازفة
فكان المستحق هو المشار اليه قال (ومن باع صبرة كل صاع بدرهم صح فى صاع) وهذا عند أبى حنيفة
وقال الاجاز فى الكل لان المبيع معلوم بالإشارة لان المشار اليه لا يحتاج الى معرفة مقدار جوارز البيع
وجهالة الثمن بأيديهم ما رفعهما فيجوز كالجواب عن عبد بن على أن يأخذ أيهما شاء بخلاف ما اذا
أجره كل شهر بدرهم حيث لا يجوز الا فى شهر واحد لان الشهور ولانها لا يمكن ازالة الجهالة فيها
فينصرف الى الأقل كما اذا قال لقفلان على كل درهم يلزمه درهم واحد بخلاف ما اذا قال كل امرأة أتزوجها
طالق حيث ينصرف الى الكل لعدم اقتضائه الى المنازعة ولاى حنيفة أن الثمن مجهول وذلك مفسد
غير أن الأقل معلوم فيصح فيه التيقن به وما عدا مجهول فيفسد كما اذا باع الثوب برقه بخلاف
ما استشهد به لان الرفع للجهالة هنا وهو الكيل متأخر عن العقد وفى تلك مقارنة لان اختياره موجود حالة

(قوله وله الخيار فيهما) اما قبل التسمية والكيل ففي صاع وأما بعدهما ففي الكيل اه عيني (قوله في الثمن ولو باع ثلثة) بفتح التاء المثلثة وتشديد اللام وهي القطيع من الغنم اه عيني (قوله في الثمن ولو سمي الكيل صح) أي بأن قال مائة شاة بمائة درهم أو مائة ذراع بمائة اه عيني (قوله أخذنا الموجود بحصته) (٦) أي لان الثمن ينقسم بالاجزاء على أجزء المبيع المثلي مكيلا أو موزونا اه كمال

التبايع ثم اذا جاز في قفيز واحد عنده ثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه ولو كان في المجلس جاز بالاجماع لزوال المانع قبل تقرر الفساد وكذا اذا سمي بجله القفران وله الخيار فيهما لانه علم في ذلك الوقت فصار كالمو ظهر له بالايجاب وكما لو اشترى ما لم يره فراه وان اقرقا قبل أن يعرف فسد فلا ينقلب صحيحا بعد المجلس بخلاف ما اذا شرط الخيار أربعين يوما حيث يعود صحيحا بزيادة المفسد بعد الاقرار لان المفسد فيه لم يتمكن في صلب العقد بل باعتبار اليوم الرابع فيعود صحيحا قبل مجيئه وهذا يمكن فيه فيتعبد بالمجلس قال رحمه الله (ولو باع ثلثة) أي جماعة ومراهم من الغنم (أو ثوبا كل شاة بدرهم أو كل ذراع بدرهم فسد في الكيل) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز في الكيل لما ذكرنا أن رفع هذه الجهالة بأيديهم مما لم يألفها نهاية وله ما ذكرنا من الجهالة الا أن الواحد متيقن به فينصرف اليه غير أن أفراد الشياء متفاوتة فلا يجوز بيع واحد منها ففسد وقطع ذراع من ثوب يكون ضررا على الباقي فلا يجوز كالمو باع جديعا من سقم وعلى هذا كل عدد متفاوت قال (ولو سمي الكيل صح في الكيل) يعني لو سمي بجله في العقد جاز في الكيل في الفصلين في فصل الصبرة وفي فصل الشياء ونحوه لزوال المانع وكذا اذا سمي بعد العقد في المجلس لما ذكرنا وهو يتأتى على قوله وعلى قوليهما لا يتأتى لجوازه بدونه قال (ولو نقص كيل أخذ بحصته أو فسخ وان زاد فللبائع) يعني لو باع صبرة وسمى بجلته بأن قال بعثكمها على أنهم مائة قفيز بمائة درهم ثم وجدها ناقصة أخذ الموجود بحصته الى آخره لانهم من المقدرات فيتعلم العقد بقدرها وان لم يسم قسط كل قفيز فأذا تعلق بقدرها فان وجدها ناقصة فله الخيار ان شاء أخذها بحصتها وان شاء ترك كمالا لتفرق الصفقة عليه وان وجدها زائدة فالزائد للبائع لانه لم يدخل في البيع الا القدر المسمى فبقى على ملكه اذا التقدر ليس بوصف قال (ولو نقص ذراع أخذ بكل الثمن أو ترك وان زاد فله المشتري ولا خيار للبائع) معناه اذا باع مذكروا وسمى بجله الذراعان ولم يسم لكل ذراع ثمنًا ثم وجد ناقصا أخذ بكل الثمن وان شاء ترك الى آخر ما ذكرنا لان الذراع وصف للذرع فلا ينقسم الثمن على الاوصاف فيكون كل الثمن مقابلا لبايعين كمالا بخلاف الاول غير أنه ان وجد ناقصا ثبت له الخيار لقوات وصف مرغوب فيه مشروط في العقد وان وجد زائدا فهو له بذلك الثمن لان الوصف لا ينافي به شيء من الثمن ولا خيار للبائع كما اذا شرط معيبا فوجده سليما وبالعكس وهو ما اذا شرط سليما فوجده معيبا للمشتري الخيار والدليل على أنه وصف أنه عبارة عن الطول والعرض ويجوز للمشتري أن يبيعه بعد القبض قبل أن يذره ولو كان قدرا لما جاز لاحتمال أن يزيد فيكون للبائع كافي المكمل والموزون قال (ولو قال كل ذراع بكذا ونقص أخذه بحصته أو ترك وان زاد أخذ كله كل ذراع بكذا أو فسخ) معناه أنه اذا قال بعثكم على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم مثلا فوجده ناقصا فهو بالخيار ان شاء أخذ بحصته وان شاء تركه وان وجد زائدا أخذ كله كل ذراع بدرهم أو فسخ لان الذراع وان كان وصفا يصلح أن يكون أصلا لانه عين ينفع به بافتراده فاذا سمي لكل ذراع ثمنًا جعل أصلا والافه ووصف فاذا صار أصلا فان وجد ناقصا أخذ بحصته وثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه وان وجد زائدا فهو بالخيار ايضا ان شاء أخذ كله كل ذراع بدرهم وان شاء تركه لانه ان حصل له الزيادة في المبيع تلزمه الزيادة في الثمن فكان فيه نفع يشوبه ضرر فيخبر وليس له أن يأخذ القدر المسمى ويترك الزائد لان التبعض بضرر البائع بخلاف الصبرة لا ترى أنه لا يجوز أن يبيع بعض المذروع ابتداء في الصبرة يجوز لان ذلك

(قوله وان لم يسم الخ) قال الاتقاني واعلم أن المبيع اذا كان كيليا يتعلق العقد بما سمي من الكيل مثل أن قال بعث هذه الصبرة على أنها مائة قفيز بمائة درهم ولا يتفاوت الحكم بين أن يسمى لكل قفيز ثمنًا بأن قال كل قفيز بكذا أو لم يسم فأوجد المسمى كما قدر فهو للمشتري بلا خيار اه (قوله فان وجدها ناقصة) أي عن المائة انتهى (قوله ان شاء أخذها بحصتها) أي من الثمن وطرح حصة النقصان لان القفران لما كانت معقودا عليها انقسم الثمن عليها قال في شرح الطحاوي وكذلك هذا الحكم في جميع الكيليات وكذلك هذا الحكم في جميع الوزنيات التي ليس في تبعيها مضرة انتهى اتقاني (قوله لتفرق الصفقة عليه) أي لان العقد ورد على جملة معلومة فاذا نقص يلزم تفرق الصفقة لاحتماله اه (قوله الا القدر المسمى) أي وهو مائة قفيز انتهى (قوله فبقى على ملكه) أي الزائد على المائة انتهى (قوله اذا التقدر ليس بوصف)

أي القدر الزائد ليس بوصف هو الاصل انتهى (قوله ولا خيار للبائع) اعلم أن الذريعات يختلف الجواب فيها بين أن يسمى معلوم لكل ذراع ثمنًا بان قال كل ذراع بكذا وبين أن لا يسمى لم يكتب الحديث (قوله معناه اذا باع) أي ثوبا على أنه عشرة أذرع بعشرة أو أراضا على أنها مائة ذراع بمائة انتهى غاية (قوله كما اذا شرط معيبا فوجده سليما) أي كما اذا باع عبدا على أنه أعمى فوجده المشتري بصيرا حيث لا خيار اه اتقاني (قوله أخذ بحصته أو ترك) أي لقوات الوصف المرغوب فيه اه عيني (قوله وان وجد زائدا أخذ كله كل ذراع بدرهم أو فسخ)

وأصل هذا أن الذراع في المذروعات وصف لأنه عبارة عن طول فيه لكنه وصف يستلزم زيادة أجزاء فان لم يفرق بين كان تابعاً محضاً فلا يقابل بشئ من الثمن وذلك فيما إذا قال على أنها مائة عبائة ولم يرد على ذلك وإذا كان تابعاً محضاً في هذه الصورة والتوابع لا يقابلها شئ من الثمن كاطراف الحيوان حتى ان من اشترى جارية فاعورت في يد البائع قبل التسليم لا ينقص شئ من الثمن أو اعورت عند المشتري جازله أن يراجع على ثمنها ببيان فعليه تمام الثمن في صورة النقص وانما يتخير لقوات الوصف المشروط المرغوب فيه كما اذا اشتراه على أنه كاتب فوجده لا يحسن الكتابة وله الزيادة في صورة الزيادة كما اذا باعه على أنه يعيب فوجده سليماً هذا ان لم يفرق بالثمن فان أفرق بالثمن وهو اذا قال على أنها مائة عبائة كل ذراع بدرهم صار أصلاً وارتفع عن التبعية فترل كل ذراع بمنزلة ثوب ولو باعه هذه الرزمة من الثياب على أنها مائة ثوب كل ثوب بدرهم فوجدها ناقصة يتخير بين أن يأخذ الاثواب الموجودة بحصتها من الثمن وبين أن يفسخ لتفريق الصفقة فكذا اذا وجد الذراعان ناقصة في هذه الصورة وهذا لأنه لو أخذها بكل الثمن لم يمكن أخذ كل ذراع بدرهم ولو وجدها زائدة لم تسلم له الزيادة لصيرورته أصلاً كما لم يسلم له الثوب المفرق فيها اذا زاد عدد الثياب على المشروط وان كان بينهما فرق فان عدد الثياب اذا زاد فسد البيع للزوم جهة البيع لان المنازعة تجري في تعيين الثوب الذي يرد الى البائع بسبب أنه أصل من كل وجه لفسد البيع فثبت له الخيار بين أن يأخذ الزائد بحصته وبين أن يفسخ لأنه وان صح له أخذ الزائد لكنه بضرر يلحقه وهو زيادة الثمن ولم يكن يلتزم هذه الزيادة بعد البيع فكان له الخيار وانما ظهر أنهم اعترضوا الطول وصفه بانه آخرة ولم يعتبروا القدر في المثليات الاصل اذا سمع أن الطول والعرض أيضا يرجع الى القدر ويمكن أن يجعل القدر وصفاً احتج الى الفرق فقبل لان المثل لا ينقص قيمته بنقصان القدر فان الصبرة الكائة مائة قفيز لو صارت قفيزين (٧) في الغلة لم تنقص قيمة القفيز بخلاف الثوب والارض ألا ترى أن

الثوب الذي عادته عشرة وهو قدر ما يفصل قباء أو فرجية كان بثن اذا قسم على أجزائه يصيب كل ذراع منه مقدار ولو أفرق الذراع وبيع بفرد لم يساوى الاسواق ذلك المقدار بأقل منه بكثير وذلك لأنه لا يفيد الغرض الذي يصنع بالثوب الكامل فعلمنا أن

معلوم ولما كان الذراع يصلح أن يكون أصلاً اعتبر أصلاً في حق انقسام الثمن على الذراعان وبقي وصفاً في حق غيره من الاحكام كدخول الفاضل في المبيع وان سمي لكل ذراع ثماً قال (وفسد بيع عشرة أذرع من دار لا أسهم) أي لا يفسد ببيع عشرة أسهم من دار وهذا مشكل فانه لو باع عشرة أسهم من دار وغيرها ولم يقل من مائة سهم ونحوه بفسد لأنه مجهول لا تعرف نسبته الى جميع الدار بخلاف ما اذا قال عشرة أسهم من مائة سهم أو من ثلاثين مثلاً حيث يجوز لأنه معلوم عشر أو ثلث ولعل الشيخ قصد هذا ولكن اجماعه في الاختصار اذ اده اليه وقوله وفسد ببيع عشرة أذرع من دار هو قول أبي حنيفة رحمه الله واختلف المشايخ على قولهما فمنهم من قال لا يجوز عندهما للجهالة بمنزلة ما لو اشترى سهماً منها أو عشرة أسهم منها ولم يقل من كذا سهم ما ومنهم من قال يجوز لان هذه الجهة لا يمكن رفعها بالذرع نعرف فلا نقضى الى المنازعة بخلاف ما لو اشترى سهماً منها أو عشرة أسهم اذ لا يمكن رفع الجهة فيه ولو باع عشرة أذرع من مائة ذراع فسد عنده وعندهما يجوز اذا كانت الدار مائة ذراع

كل جزء منه لم يعتبر كثوب كامل مفرد اه فتح (قوله ومنهم من قال يجوز) أي عندهما وهو الاصح انتهى ابن فرشتا (قوله لان هذه الجهة لا يمكن رفعها بالذرع) أي بان يذرع جميع الدار فيعرف أن المبيع عشرة أو خمسها انتهى (قوله بخلاف ما لو اشترى سهماً منها أو عشرة) أي ولم يقل من كذا سهم ما انتهى اتقاني (قوله اذ لا يمكن رفع الجهة فيه) أي فكانت مفسدة العقد اه اتقاني (قوله ولو باع عشرة أذرع من مائة ذراع) قال السكال رحمه الله قوله ومن باع عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حزام فالبيع فاسد عند أبي حنيفة وقالاهو جائز وبه قال الشافعي وان اشترى عشرة أسهم من مائة سهم جازي قولهم جميعاً ومبنى الخلاف على أن المؤدى من بيع عشرة أذرع من مائة ذراع معين أو شائع فعندهما شائع كانه باع عشر مائة وبيع الشائع جائز اتفاقاً كما في بيع عشرة أسهم من مائة سهم وعنده مؤاده قدر معين والجوانب مختلفة الحدود فتقع المنازعة في تعيين مكان العشرة فيفسد البيع فلوا نقضوا على أن مؤدى عشرة أذرع من مائة من هذه الدار شائع لم يختلفوا ولوا نقضوا على أنه متعين لم يختلفوا فهو نظير اختلافهم في سكاك الصابئة مبنى على أنهم بعددون الكواكب ولا كتاب لهم أولهم كتاب فلوا نقضوا على الثاني اتفقوا على جوازه أو على الأول اتفقوا على عدم الجواز فالشأن في ترجيح المبنى انتهى (قوله اذا كانت الدار الخ) قال الاتقاني معنى قوله وقالاهو جائز اذا كانت الدار كلها مائة ذراع هكذا ذكر الصدر الشهيد والامام الزاهد العنابي في شرحيهما ويفهم هذا القيد من تعليلهما أيضاً لان العشرة انما تكون عشر الدار اذا كان كلها مائة أما اذا كان أقل من ذلك أو أكثر فلا وجه قولهم أن يبيع عشر الدار جائز بالاجماع والعشرة الاذرع من المائة عشر جازل وهذا يجوز ببيع عشرة أسهم من مائة سهم منها اجاعاً ووجه قول أبي حنيفة أن البيع وقع على قدر من الدار معين لاعتنا شائع وذلك القدر مجهول في نفسه لان موضعه لا يعلم من جانب شرقي هو ومن جانب غربي أو من غيرهما فيصير هو تابعاً في الحقيقة عشرة أذرع عنينا من الدار وتلك الاذرع مجهولة في نفسها فلا يصح بيع المجهول فنصار كانه

باع يتام من بيوت الدار ولم يعين البيت أو باع قسم من الأقسام من الدار المقسومة على ثلاث وهذا الآن القسم ليس باسم الشائع بل هو اسم
 بلزمة تدبر معين لكنه لما كان مجهولاً في نفسه لجهاً لم يجر البيع بخلاف عشر الدار أو بيع عشرة أسهم من مائة سهم من الدار لأن
 العشر اسم آخر شائع معلوم في نفسه وكذلك عشرة أسهم من مائة سهم فأنهم أيضاً لا يشبهه الذراع ألا ترى أن ذراعاً من مائة
 ذراع مثل ذراع من عشرة فقطهر الفرق ويبان ما قلنا أن البيع وقع على قدر معين من الدار لا على شائع إذا الذراع في الأصل اسم لخسبة
 يذرع بها المسوح وليست هي عبارة (٨) من البيع بل المراد ما يحمله الذراع ويجاوزه مجازاً باطلاق اسم الحال على المحل

لأنه عشرها فأشبهه عشرة أسهم من مائة سهم وله أن الذراع اسم لا يذرع بها واستعير لما يحمله الذراع وهو
 معين لا مشاع ثم لا يعلم محله من أي الجوانب هو وعلى التعيين فلا يجوز كإلو باع أحد العبدین بخلاف
 ما إذا باع عشرة أسهم من مائة سهم لأنه شائع فلا يفتى في المنازعة وذكرنا أن الفساد عنده إذا لم
 يعلم جلة الذرعان وأما إذا علم جلمته فيجوز عنده فجعله نظير بيع شيء من انقطاع كل شاة بدنياً فإنه ان علم
 عددها جلة يجوز عنده والأفلا والصحيح أنه لا يجوز عنده مطلقاً لما ذكرنا قال (وان اشترى عدلاً على
 أنه عشرة أو ثوب فنقص أو زاد فسد) يعني إذا اشتراه بعشرة ذناناً لم يبين ثمن كل ثوب ثم إذا وجدته
 ناقصاً أو زائداً فسد البيع لجهاً له المبيع في الزيادة لأنه يحتاج إلى أن يرتد الثوب الزائد فيتنازعا في
 المردود ولجهاً له الثمن في فصل النقصان لأنه يحتاج إلى أن يسقط حصة ثمن المردود وهو مجهول فيؤدي إلى
 النزاع قال (ولو بين ثمن كل ثوب ونقص صح بقدره وخير وان زاد فسد) لأنه إذا كان زائداً بقي لجهاً له
 في المردود فيؤدي إلى المنازعة وفي فصل النقصان ثمن كل واحد من الثياب معلوم فالوجود يصح فيه
 البيع ويبطل في المردود وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يفسد في فصل النقصان أيضاً لأنه جمع بين معدوم
 وموجود في صفقة واحدة فصار قبول العقد في المعدوم شرطاً لقبوله في الموجود فكان فاسداً كما
 لو جمع بين حرد و بين ثمن كل واحد منهما أو باع ثوبين على أنهما هرويان و بين ثمن كل واحد منهما
 فإذا أحدهما مري فإن العقد عنده فاسد في الصورتين فكذلك إذا وعندهما جاز فكذا هذا بناء على أن
 البيع يتعد بتفصيل الثمن عندهما وعنده يتعد بلفظة البيع والصحيح أنه يجوز في فصل النقصان لأنه
 لم يجعل قبول العقد في المعدوم شرطاً لقبوله في الموجود بل قصد بيع الموجود لأنه غلط في العدد بخلاف
 المستشهد به فإنه قصد الإيجاب فيهما فجعل قبول العقد في كل واحد منهما شرطاً لقبوله في الآخر وهو شرط
 فاسد بحقيقة أن الشئين الموصوفين بوصف إذا دخلا في عقد واحد كان قبول كل واحد منهما شرطاً للصحة
 العقد في الآخر بذلك الوصف إذ ليس للشئ أن يقبل العقد في أحدهما دون الآخر فإذا انعدم ذلك
 الوصف في أحدهما كان ذلك شرطاً فاسداً في الآخر فبالنظر إلى وجود ذلك الشئ كان شرطاً وبالنظر إلى
 انعدام ذلك الوصف كان فاسداً وأما إذا كان أحدهما معدوماً فإنه ووصفه لم يكن داخل في العقد حتى
 يكون قبوله شرطاً للصحة العقد في الآخر لأنه معدوم فلا يتصور فيه القبول بل هو غلط محض قال (ومن
 اشترى ثوباً على أنه عشرة أذرع كل ذراع درهم أخذ بعشرة في عشرة ونصف بالاختيار وتسعة في تسعة
 ونصف بخيار) معناه إذا اشترى ثوباً واحداً على أنه عشرة أذرع كل ذراع درهم فإذا هو عشرة ونصف أو
 تسعة ونصف بأخذه في الوجه الأول بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني بأخذه بتسعة إن شاء وهذا
 عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف يأخذه في الأول بأحد عشر وفي الثاني بأخذ بعشرة ويخير
 في الوجهين وقال محمد رحمه الله يأخذه في الأول بعشرة ونصف وفي الوجه الثاني بعشرة ونصف فاو يخير
 فيهما لأنه لا يسمي لكل ذراع ثمن على حدة التحق بالقدر ومن ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة النصف

وما يحمله الذراع معين
 لا شائع لأن الشائع لا يتصور
 أن يذرع فلم يصلح أن
 يستعار الذراع للشائع لأن
 الشائع ليس محل للذراع
 فلما أريد من الذراع ما يحمله
 وهو معين لكنه مجهول
 الموضع بطل العقد
 وقوله ما استحسن وقول
 أبي حنيفة قياس اه (قوله
 فأشبهه عشرة أسهم من مائة
 سهم) وبه قالت الثلاثة اه
 (قوله في الثمن وان اشترى
 عدلاً) صورته ان يقول
 بعثك ما في هذا العدل على
 أنه عشرة أو ثوب بمائة درهم
 مثلاً ولم يفصل لكل
 ثوب ثمن بل قابل المجموع
 بالمجموع فإذا هو تسعة
 أو أحد عشر فسد البيع
 اه فتح (قوله لأنه جمع بين
 معدوم وموجود) أي ولم
 يجز في المعدوم فتعدي
 إلى الموجود اه اتفاقاً
 (قوله يأخذه في الوجه الأول)
 أي وسلم له النصف مجازاً اه
 (قوله وفي الوجه الثاني
 يأخذه بعشرة) فابو يوسف
 جعل نصف ذراع بمنزلة

ذراع كامل فلذلك يأخذه في الأول بأحد عشر وفي الثاني بعشرة اه (قوله وقال محمد يأخذه في الأول بعشرة ونصف الخ) بالنصف
 قال الاتفاقية رحمه الله تعالى وعند محمد رحمه الله يأخذه في الأول بعشرة ونصف وفي الثاني بتسعة ونصف وله الخيار في الوجهين أيضاً
 اعتبار الجزء بالكل لأن كل ذراع إذا قوبل بدرهم يكون كل نصف ذراع مقابلاً لنصف درهم لا محالة وهذا ظاهر ثم إذا زاد الذراع الكامل
 يأخذه بأحد عشر فينبغي أن يأخذ بعشرة ونصف إذا زاد نصف ذراع لكن للمستري الخيار في الوجهين ففي الزيادة لأنه نفع بشو به ضرر
 وفي النقصان لفرق الصفقة عليه وجه قول أبي يوسف أن كل ذراع لما أفر دبر كبدل كان كل ذراع كنوب يسع على أنه ذراع فإذا انقص

الثوب من الذراع لم ينتقص شيء من الثمن وللمشتري الخيار فكذلك هذا لكن الخيار في الزيادة لأنه نفع يشوبه مضرة وفي النقصان لفوات الوصف المرغوب فيه ووجه قول أبي حنيفة أن الذراع يعتبر ووصفا في الأصل وإنما أخذ حكم الأصل إذا وجد الشرط ثم الشرط وجد في الذراع لا فيمادونها فكان الحكم فيما دون الذراع باقيا على الأصل فكان وصفه أو الوصف لا يقابل شيء من الثمن لكن ليس له الخيار في صورة الزيادة لأن العشرة والنصف عتلة العشرة الجيدة فإذا اشترى شيئا على أنه معيب فوجد سليما يأخذه بالخيار فكذلك هنا وفي صورة النقصان يأخذه بتسعة إن شاء لأن النصف الزائد على التسعة عتلة الوصف فلا يقابل شيء من الثمن لكن له الخيار لفوات الوصف المرغوب فيه وهو النصف الناقص عن العشرة ويقول محمدناخذ اه قال الكمال رحمه الله ثم من الشارحين من اختار قول محمد وفي الذخيرة قول أبي حنيفة أصح وذ كر حاصل الوجه المذكور له وفي قوله مقيد بكونه ذراعا إشارة إلى الجواب عن قول محمد أنه ينقسم أجزاء الدرهم على أجزاء الذراع فقال هذا إذا كان تمام الذراع موجودا والموجود هنا بعضه وبعضه ليس كله فكان للبعض منه حكم الوصف لاعتداه المقابلة به اه (قوله قبل هذا الاختلاف الخ) قال الاتقاني قال الزاهد العتاي رحمه الله في شرح الجامع الصغير قال مشايخنا هذا في الثوب الذي يتعيب بقطع بعضه كالقميص والسراويل والعمامة ونحوها فماذا كان كرى بالأسا لاضره لقطع فاشترى على أنه عشرة أذرع فوجد واحدا عشرة لأن سلم الزيادة بل ترد على البائع كما في المكيلات والموزونات وعلى هذا قالوا لو باع ذراعا من هذا الكر باس يجوز كالمو باع قفيزا من صبرة يجوز لأن القطع والتميز لا يضر بالبائع ولو باع ذراعا من هذا القميص أو من (٩) هذه العمامة لا يجوز لأن القطع

بضره فصار كالمو باع جنعا في السقف أو حلية في السيف لا يجوز لما قلنا كذا هنا إذا قطعه وسلمه وقبل المشتري فحينئذ يجوز نظري في الابتداء إلى هنا لفظ كتاب العتاي اه (قوله فلا يسلم له الزيادة) أي لا يطيب للمشتري ما زاد على الشروط اه هداية (فصل) لما ذكر قبل هذا ما يتعلق به البيع وما لا يتعلق به مع لواحقهما شرع بين في هذا الفصل

بالوصف كالمكيل وإنما يجب يراى لأنه في الوجه الأول إذا زاد عليه الثمن بزيادة نصف ذراع وفي الوجه الثاني انتقص الثوب عما شرط فيخبر كذا لا يتضرر ولا ييوسف أنه لما قابل كل ذراع بدرهم صار كل ذراع كثوب على حدة يبيع على أنه ذراع بدرهم فإذا وجد ناقصا لا يسقط شيء لما ذكرنا أنه وصف وتغير الوصف لا يوجب سقوط شيء من الثمن ثم يخبر فيه ما لأنه إذا زاد الثمن عليه فيما إذا وجد ناقصا وانتقص المبيع في الآخر فلم يتم رضاه ولا يي حنيفة رحمه الله أن الذراع فيه وصف في الأصل وإنما أخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع وبكونه مقابلا بالدرهم فعند عدمهما عاد الحكم إلى الأصل ثم لا يخفى فصل الزيادة لأنه مخالفة إلى خبر وفي النقصان يخبر لفوات الوصف المرغوب فيه قيل هذا الاختلاف في ثياب يضرها القطع أو تتفاوت جوانبها كالعمامة والقميص والاقبسة وأما الثياب التي لا تتفاوت جوانبها كالبطائن ونحوها فلا تسلم له الزيادة لأنه إذا كان بهذه الصفة فهو عتلة المكيل والموزون وعلى هذا يجوز بيع ذراع منه كبسعة قفيز من صبرة إذا لاضره التبعيض

(فصل) قال (يدخل البناء والمفاتح في بيع الدار والشجر في بيع الأرض بلا ذكر) لأن اسم الدار للعرصة في الأصل وفي العرف يتناول البناء تبعه الكونه متصلا بها اتصال قرار وكذا الشجر متصل بالأرض للقرار فدخل في بيعها تبعها لها واختلاف في شجر غير مثمر وفي شجر صغير قيل لا يدخل لأن غير المثمرة تنقل للعطب والخشب ينبني عليها والصغيرة تنقل من مكانها فصارا كالزروع وقيل يدخلان فيه لأن نهايتهما ليس

(٣ - زيلي رابع) ما يدخل تحت البيع من غير ذكر وما لا يدخل واستتبع ما يخرج بالاستثناء وغير ذلك اه ملخصا من الاتقاني والكمال (قوله وفي العرف يتناول البناء) قال الاتقاني وذلك لأن اسم الدار في العرف عرصة جية ما يدخل البناء كالعرصة والمطلق من الالفاظ ينصرف إلى المفاهيم في العرف ولا يفهم في العرف من بيع الدار بيع عرصتها لا بناؤها بل بيعها جميعا قال الكمال واستدل المصنف على دخول البناء بان اسم الدار يتناول العرصة والبناء وأنه متصل بها اتصال قرار واستشكل الأول بطلان الوصف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انتهت بحيث فلو كان من مسمى لفظ الدار لم يحث وهذا الوصف لا يزيل التعديل الأول لا يضر بالمقصود من الحكم لثبوت العلة الأخرى ثم أجيب بأن البناء وصف فيها وهو اعرف بالمعينة فكانه حلف على نفي الدخول في هذا المكان وتحقيقه أنه حلف لا يدخل هذه التي تسمى الآن دارا فلا يتعدى الدخول المحلوف عليه بكونها دارا وقت الدخول وتدخل البئر الكائنة في الدار وإن كان عليها بكرة تدخل ولا يدخل الدلو والحبل المعالقان عليها الآن كان قال بمرافقتها ويدخل البستان الذي في الدار صغيرا كان أو كبيرا وإن كان خارج الدار لا يدخل وإن كان له باب في الدار قاله أبو سليمان وقال الفقيه أبو جعفر إن كان أصغر من الدار ومفتحه فيها يدخل وإن كان أكبر أو مثلها لا يدخل وقيل إن صغيره دخل والا لا وقيل يحكم الثمن اه (قوله واختلاف في شجر غير مثمر) قال الكمال رحمه الله ولم يفصل محمد بين الشجرة المثمرة وغير المثمرة ولا بين الصغيرة والكبيرة فكان الحق دخول الكل ثم قال نعم الشجرة اليابسة لا تدخل لأنها على شرف القطع فهي كحطب موضوع فيها اه

(قوله فبدخل المفاتيح تبعاً للاغلاق) والاغلاق جمع غلق بالغريك وهو ما يغلط ويفتح بالمفتاح اه اتفاق (قوله كالمفتاح والسلم المتصل) قال السكال في المحيط الاصل أن كل ما كان في الدار من البناء أو متصلاً بالبناء تبع لها فبدخل في بيعها كالسلم المتصل والسرور والدرج المتصلة والخبر الاسفل من الرجى وبدخل الخبر الاعلى عندنا استحساناً والمراد بالخبر الرجى المبنية في الدار وهذا متعارف أما في ديار مصر فلا تدخل رجي البيت لانها بحجر يها تفل وتحول ولا يبنى فهي كالسلب الموضوع والباب الموضوع لا يدخل في بيع الشارع بالاتفاق نعم لو ادعاه أحدهما لنفسه بان قال هذا ملكي وضعته فان كانت الدار في يد البائع وادعاه المشتري لنفسه فالحقول قول البائع وان كانت في يد المشتري فالحقول قول المشتري وفي المتن اشترى ما أتى بدخل ما تحته من الارض وكذا ذكر في التحفة من غير ذكر خلاف وفي المحيط جعله قول محمد بن الحسن وقول أبي يوسف لا يدخل وأما أساسه فقيل الظاهر من مذهبه أنه يدخل ولا يجره الخائط حقيقة ويدخل في بيع الحمام القدور ودون قصاعه وأما قدر القصارين والصبان وغيرهم وأما جبن الغسالين وخوابي الزياتين وحبابهم ودنانهم وحذع القصار الذي يدق عليه المثبت كل ذلك في الارض فلا يدخل وان قال بحقوقها قلت ينبغي أن تدخل كما إذا قال عرفها وأما الطريق ونحوه فسيأتى في باب الحقوق اه (قوله وان شاء أعطى غيره) أى من ثياب مثلها اه (قوله حتى لو استحق ثوب منها لا يرجع على البائع بشئ) هذا (١٠) اذا استحققت قبل القبض أما اذا استحققت بعد القبض فانه يرجع

لها أحد معلوم بخلاف الزرع والمراد بالمفاتيح اذا كان غلقها متصلاً بالدار مركبة فيها مثل الكيلون والضمبة لانها تدخل في البيع حينئذ تبعاً لها فبدخل المفاتيح تبعاً للاغلاق اذا لا ينفع بكل واحد منهم ما يدون الاخر وان لم يكن الغلق من كافها كالقفل لا يدخل الغلق لعدم الاتصال ولا المتاح لانه في القياس لا يدخل أصلاً الا أنا استحساناً ذلك فيما اذا دخل الغلق تبعاً له فادخل ما يدخل في أصل القياس ثم الأصل في جنس هذه المسائل أن الشئ اذا كان متصلاً بالمبيع اتصال قراره دخل في المبيع تبعاً والا فلا اذا جرى العرف بالدخول فيه كالمفتاح والسلم المتصل بالبناء يدخل ولو كان من خشب وغير المتصل لا يدخل والسرير كالسلم هكذا ذكره في الكافي وهذا في عرفهم وفي عرف أهل مصر ينبغي أن يدخل السلم وان كان منفصلاً والاطلة لا تدخل في بيع الدار عند أبي حنيفة وعندهما تدخل اذا كان مفتوحاً من داخل وثياب الغلام والجارية تدخل في البيع من غير شرط للعرف الا أن تكون ثياباً من ثيابها تغتسل للعرض فلا تدخل الا بالشرط لعدم العرف اذا العرف في ثياب البذلة والمهنة ثم البائع بالخيار ان شاء أعطى الذي عليه وان شاء أعطى غيره لان الدار بحكم العرف كسوة مثلها لا بعينها اوله لا يمكن لها حصة من الثمن حتى لو استحق ثوب منها لا يرجع على البائع بشئ وكذا اذا وجد من اعياها ليس له أن يردّها ولو وجد بالجارية عيباً كان له أن يردّها بدون تلك الثياب وخطام البعير والحمل المشدود في عنق الحمار والعدار والبرذعة والا كاف يدخل للعرف بخلاف سرج الدابة ولجامها والحبل المشدود وعلى قرن البقر والحمل حيث لا يدخل الا بالشرط لعدم العرف الا أن يكون العرف بخلافه وفصيل الناقة وفلوالرمكة وجحش الاثان والنجول والحمل ان ذهب به مع الام الى موضع البيع دخل فيه للعرف والا فلا قال

بخصتها من الثمن اه عمادية في خمسة وعشرين (قوله وكذا اذا وجد بها عيباً) أى بالثياب اه (قوله ليس له أن يردّها) أى ولا يرجع على البائع بشئ اه فتح (قوله له أن يردّها بدون تلك الثياب) قال السكال ولو هلك الثياب عند المشتري أو تعيبت ثم ردت الجارية بعيب ردها بجميع الثمن لانه لم يملك الثوب بالبيع فلا يكون له قسط من الثمن وعلى هذا ما ذكر

في الكافي من رجل له أرض وفيها نخل لغيره فباعها مارب الأرض باذن الآخر بألف وقيمة كل منها خمسة مائة فالثمن بينهما نصفان لا استواء ثم ما فيه فلو هلك النخل قبل القبض بألفه سماوية خسر المشتري بين الترتك وأخذ الأرض بكل الثمن لان النخل دخل تبعاً فلا يقابل به شئ من الثمن ثم الثمن كله لصاحب الأرض لا تنقاض البيع في حق النخل والتمن كله بمقابلة الاصل وهو له دون التبع اشترى داراً فوجد في بعض جذوعها لانا قال البائع هو في قوله فيرد عليه لانها وصلت الى المشتري منه وان قال ليس لي كان كالقطة ولو قال صاحب علو وسفل لا خربت من ذلك علوهذا بكذا جاز ويكون سطح السفل لصاحب السفل والمشتري حق القرار عليه اه (قوله والا كاف يدخل للعرف) قال السكال ولم يذكر في شئ من الكتب اذا باع فرساً وعليه سرج قيل لا يدخل الا بالتصميم وبحكم الثمن ولو باع حماراً قال الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل لا يدخل الا كاف بلا شرط ولا يستحق على البائع ولم يفصل بين ما اذا كان موكفاً وغير موكف في فتاوى قاضيان وهو الظاهر فالأ كاف فيه كالسرج في الفرس وقال غيره يدخل الا كاف والبرذعة تبعاً للبيع وان كان غير موكف وقت البيع واذا دخل بلا ذكر كان الكلام فيه ما قلنا في ثوب العبد والجارية اه (قوله وفلوق) الفلوق المهر والجمع أفلاء كعدو وأعداء اه مغرب

(قوله في المتن ولا يدخل الزرع) قال في كتاب الهبة من القنية الزرع يدخل في الرهن والاقرار والقي بعينه كذا ولا يدخل في البيع والقسمة والوصية والاجارة والذبح والوقف والهبة والصدقة وفي القضاة بالملك المطلق اه نقلا عن ركن الدين الصباغى وكتب على قوله ولا يدخل الزرع مانصه قال الاتقانى قال في خلاصة الفتاوى والقطن كالزرع لا يدخل وأما أصل القطن اختلف المشايخ فيه والصحيح أنه لا يدخل أما الكراث اذا كان ظاهرا فلا يدخل وما كان مغيبا فالصحيح أنه يدخل اه (قوله ولا الثمر في بيع الشجر الا بالشرط) قال الكمال رحمه الله ولو كان على الشجر ثمر فشرطه المشتري له فأكله البائع سقطت حصته من الثمن ثم ثبت الخيار للمشتري في الصحيح لتفرق الصفة عليه عند أبي خنيفة رحمه الله بخلاف ما لو اشترى شاة بعشرة فولدت ولدا يساوى خمسة فأكله البائع قال أبو حنيفة رحمه الله تلزمه الشاة ولا خيار له والفرق غير خاف اه (قوله لانهم ممتصلان بهم ما للفصل) أى لفصل آدمى اياه لا تنفعا به فاندفع ما أورده عليه من بيع الجارية الحامل ونحوها البقر الحامل فإنه يدخل حملها في البيع مع أنه متصل للفصل بأن ذلك فصل الله تعالى وهذا المعنى متبادر فترك التقييده وأيضا الام وما في بطنها محجاس متصل فيدخل (١١) باعتبار الجزئية بخلاف الزرع ليس

محجاسا الارض فلا يمكن اعتبار الجزئية لا يدخل بذكر الأصل اه فتح (قوله لانه جزء الجارية) أى حكما وحقيقة أما حكما فإنه يعتق بعق الام وأما حقيقة فإنه يتغذى بغذاء الام وينقل بانقالها اه اتقانى (قوله ولا فرق بين ما اذا كان للثمر الخ) يتصل بقوله ولا يدخل الزرع في بيع الارض ولا تسمية ولا الثمر في بيع الشجر الا بالشرط اه انظر الى الحاشية التي عند قوله وعكس الثمار في الحكم اه وكتب على قوله ولا فرق بين ما الخ مانصه وقال في شرح الطحاوى قال بعض مشايخنا انما يجوز بعد الطلوع اذا كان الثمر محال

(ولا يدخل الزرع في بيع الارض بلا تسمية ولا الثمر في بيع الشجر الا بالشرط) لانهم ممتصلان بهم ما للفصل فصار كل متاع الموضوع فيهما وقال عليه السلام من اشترى أرضا فيها نخيل فالثمره للبائع الا أن يشترطها المبتاع رواه أبو داود وغيره ولا يلزم عليه الحمل حيث يدخل في البيع تبعا وان كان للفصل لانه جزء الجارية فيكون تبعا لها ولا لا بقدر على فصله الا الله تعالى فلا يعتبر منفصلا في تأويل الحال مع وجود الجزئية في الحال قال (ويقال للبائع اقطعها وسلم المبيع) لان ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع موضوع وقال الشافعي يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصل الزرع لان الواجب هو التسليم المعتاد وفي العادة لا يقطع كذلك فصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع وانجعه عليه ما يباين وفي الاجارة التسليم واجب أيضا حتى يترك باجر وتسليم العوض كتسليم المعوض وانما لا يقع منه لان الاجارة لا تنتفع وذلك بالترك دون الفلح بخلاف الشراء لانه ملك الرقبة فلا يراعى فيه امكان الانتفاع ألا يرى أنه لو اشترى أرضا لا يكون له الطريق الا بالشرط وفي الاجارة يدخل من غير شرط لما ذكرنا ولا فرق بين ما اذا كان للثمر أو الزرع قيمة أو لم يكن لهما قيمة في الصحيح وتكون في الحالين للبائع لان بيعهما منفردا يجوز في الحالين في الاصح فكذلك لا يدخلان في بيع الارض والشجر تبعا أو ما اذا نذر في الارض ولم يثبت حتى باع الارض فلا يدخل لانه مودع فيها فصار كل متاع الموضوع فيها ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرفق لانهم ليسا منها ولو قال بعثكهما بكل قليل وكثير هو لهما أو فيها أو منها أو من حقوقها أو من مرفقها لا يدخلان لما ذكرنا وان لم يقل من حقوقها أو من مرفقها دخلانه لانهم ما من الذى له فيها أو منها الا اتصال في الحال بخلاف الثمر المنجذوذ والزرع المحصود حيث لا يدخل الا بالتصميم عليه لان اتصال في الحال وورق الثوت والاس والزعفران والورد بمنزلة الثمار في كل ما ذكرنا من الاحكام وأشجار بمنزلة النخل وعكس الثمار في الحكم الشرب والطريق فكل موضع يدخل فيه الثمار والزرع لا يدخل فيه الطريق والشرب وكل موضع لا يدخل فيه يدخل فيه الشرب والطريق لان الشرب

ينفع به بوجه من الوجوه واذا كان لا ينتفع به بوجه من الوجوه فلا يجوز الا أن هذا غير سديد لان محمد اذ كرى كتاب الزكاة في باب العشر لوباع الثمار في أول ما تطلع وتركها باذن البائع حتى أدرك قاله عمر على المشتري فلو لم يكن الشراء جازا حين تطلع لما وجب عشره على المشتري الى هنا لفظ رواية شرح الطحاوى اه اتقانى (قوله فلا يدخل) أى انما لا يدخل قبل الثبات وبعد التقويم أما اذا ثبت ولم يصير مئة وما يدخل قبل وكذا البذر العفن اه مجتبى (قوله لانه مودع فيها) أى وهذا باتفاق المشايخ اه اتقانى (قوله المنجذوذ) تجوز روايته بدلين مهمتين أو مجتمعتين وكلاهما بمعنى وهو المقطوع والاول هو الاول من حيث اللفظ تناسب بينه وبين المحصود اه اتقانى (قوله وعكس الثمار في الحكم الشرب والطريق) قال اللؤلؤ الخ في فتاواه رجل اشترى أرضا ودارا لا يدخل الشرب والطريق الا بذكر الحقوق لانهم ما من الحقوق فلا يدخلان الا بذكر الحقوق وكذا في الاقرار والوصية والصلح وغيره ويدخلان في الاجارة والقسمة والرهن والصدقة الموقوفة وقال في خلاصة الفتاوى واذا لم يدخل في البيع قال في المشتري أن يشتري أن يرتد يقول ظننت أن لي مفضا الى الطريق الا عظم وفيه مارجل باع دارا وكان لها طريق قد سده صاحبها قبل ذلك وجعل لها طريقا غير ذلك ثم باعها لمحة وقها لا يكون له الطريق الاول وله الطريق الثاني اه اتقانى رحمه الله

(قوله في المتن ومن باع ثمرة بدو صلاحها) أي وبدو صلاحها عندئذ تأمن العاهة والفساد وعند الشافعي هو ظهور النضج وبدو الخلاوة والخلاف انما هو في بيعها قبل بدو صلاحها على الخلاف في معناه لا يشترط القطع اه فتح (قوله في المتن في الحال) لفظه في الحال ليست في خط الشارح (قوله ولو اشتراها مطلقا) هذا اذا لم يتناه عظمها بدلالة قوله بعد ذلك وان تركها بعد ما تنهاى عظمها اه اتفاقا (قوله لحصوله بجهة محظورة) أي من أصل مملوك (١٣) لغيره اه (قوله وان تركها بعد ما تنهاى عظمها لم يتصدق بشئ) أي سواء كان الترك

والطريق ليسا منها ولا فيهما لكنهما من حقوقها والثمر والزرع موجودان فيها وهما منها وليسا من حقوقها فتمعا كسا قال (ومن باع ثمرة بدو صلاحها أو لاصح) لانه مال متقوم منتفع به في الحال أو في المال وقيل لا يجوز قبل أن يصير منتفعا به والأول أصح وعلى هذا الخلاف يبيع الزرع قبل أن تتناول المشافر والمناجل والاصح الجواز لانه منتفع به في المال فصار كالاطفال والجحش قال (ويقطعها المشتري) تفرع بملك البائع هذا اذا اشتراها مطلقا وبشرط القطع قال (وان شرط تركها على النخل فسد) أي البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير أو نقول انه صفقة في صفقة لانه اجارة في بيع ان كان للثمن فصة حصه من الثمن أو اعارة في بيع ان لم يكن لها حصه من الثمن وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقة في صفقة وكذا يبيع الزرع بشرط الترك لما بينا وكذا اذا تنهاى عظمها عندئذ لانه شرط لا يقتضيه العقد وقال محمد رحمه الله لا يفسد استحسنه للعادة بخلاف ما اذا لم يتنهاى عظمها لانه شرط فيه الجزاء المعدوم وهو ما رآه في الأرض والشجر ولو اشتراها مطلقا وتركتها باذن البائع طاب له الفضل وان تركها بغير اذنه تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة وان تركها بعد ما تنهاى عظمها لم يتصدق بشئ لان هذا تغير أحوال فان الشمس تنضج ويأخذ اللون من القمر والظم من الكواكب بتقدير الله تعالى وان اشتراها مطلقا ثم استأجر النخل الى وقت الادراك فتركها طاب له الفضل لان الاجارة باطلة لعدم التمازف والحاجة فيقضي الاذن معتبرا بمجرد بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستأجر الأرض الى أن يدرك وتركها حيث لا يطيب له الفضل وهو ما زاد على الثمن وعلى ما عرّف من أجر المثل لان الاجارة فاسدة للجهالة فأورثت خبثا ولو اشتراها مطلقا فأثرت ثمرا آخر قبل القبض ففسد البيع لجزئه عن التسليم ولو أثمر بعد القبض بشرط كان فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقداره لانه في يده وكذا في الباذنجان والبطيخ والمخلص أن يشتري الاصول لتحصل الزيادة في ملكه ثم يبيع الاصول بعد قضاء حاجته من البائع ان شاء وقيل المخلص فيه أن يشتري الثمار الموجودة والمعدومة فانه جائز عند بعضهم اذا كان الموجود أكثر فاصله أن لهذه المسئلة ثلاث صور أحدها اذا خرج الثمر كله فانه يجوز بيعه بالاتفاق وحكمه مامضى ثانياً أن لا يخرج شئ منه فانه لا يجوز بيعه اتفاقاً ثالثاً أن يخرج بعضه دون بعض فانه لا يجوز في ظاهر المذهب وقيل يجوز اذا كان الخارج أكثر ويجعل المعدوم تبعاً للموجود استحساناً للتعامل بالناس وللضرورة وكان شمس الأئمة الحلواني وأبو بكر محمد بن الفضل البخاري يفتيان به وقال شمس الأئمة السرخسي والاصح أنه لا يجوز لان المصير الى مثل هذه الطريقة عند تحقق الضرورة ولا ضرورة هنا لانه يمكنه أن يبيع الاصول على ما بينا أو يشتري الموجود ببعض الثمن ويؤخر العقد في الباقي الى وقت وجوده أو يشتري الموجود بجميع الثمن ويبيع له الانتفاع بما يحدث منه فيحصل مقصودهما بهذا الطريق فلا ضرورة الى تجوز العقد في المعدوم مصادماً للنص وهو ما روى أنه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم قال (ولو استثنى منها أرطالاً معلومة صح كبسع بر في سنبله وباقي في قشره) أي لو استثنى من الثمار المبيعة المجذوة أو غير المجذوة جاز البيع كما يجوز بيع البر في سنبله والباقي في قشره أما الأول فلان المبيع صار معلوماً بالاشارة

بأذن البائع أو بغير اذن البائع لانه لم يحصل الا زيادة في عين المبيع لا كيلاً ولا وزناً وانما تغير حال المبيع من حيث النضج اه اتفاقاً (قوله فان الشمس) الذي بخط الشارح بان الشمس اه (قوله لان الاجارة فاسدة للجهالة الخ) والفرق بين الاذن الثابت في ضمن الاجارة الباطلة وبينه في ضمن الاجارة الفاسدة أن الاذن في الاجارة الباطلة صار أصلاً مقصوداً بنفسه لان الباطل لا وجود له والمعدوم لا يصلح أن يكون متضمناً وليس كذلك الاجارة الفاسدة لان الفاسد فائت الوصف دون الاصل فلم يكن معدوماً بآصله فصح أن يكون متضمناً فاذا فسد المتضمن فسد المتضمن اه اتفاقاً (قوله وكذا في الباذنجان والبطيخ) قال الاتفاقى رحمه الله وأما ما يوجد من الزرع بعضه بعد وجود بعض كالباذنجان والبطيخ والكراث ونحوها قال أصحابنا يجوز بيع ما لم يظهر اه (قوله والمخلص)

أي من فساد البيع اه اتفاقاً (قوله أن يشتري الاصول) أي ويستأجر الأرض ويقدم الشراء على الاجارة فان والمستثنى قدم الاجارة لا يجوز لان الأرض تكون مشغولة بملك الاجار فصول (قوله جاز البيع) قال السكال رحمه الله لأن عدم الجواز أقيس بذهب أي خبيثة في مسئلة بيع صبرة طعام كل قفيز بدرهم فانه أفسد البيع بجهالة قدر المبيع وقت العقد وهو لازم في استثناء أرطال معلومة مما على الأشجار وان لم يفض الى المنازعة فالخاص ان كل جهالة مقضية الى المنازعة مبطله فليس يلزم أن الم يفيض اليها يصح معها لان عدم المقضية الى المنازعة في العينة من كون المبيع على حدود الشرع لا ترى أن المتبايعين قد تراضيا على شرط

لا يقتضيه العقد وعلى البيع بأجل مجهول كقدوم الحاج ونحوه ولا يعتبر ذلك صحيحاً أو مأموراً في توجيه المنع بعد البيع لا يبلغ الاثناك
الارطال فبعد اذا المشاهدة تفيد كون تلك الارطال تستغرق الشكل أو لا فلا يرضى المشتري حينئذ بذلك الاستثناء اه كلام الكمال
رحمه الله (قوله وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يجوز) أي وهو قول الطحاوي اه هداية قوله وهو قول الطحاوي أي وكذا الشافعي
وأحمد اه فتح وكتب أيضاً على قوله وروى الحسن الخ مانعه ومضى عليه صاحب الجمع والنفاية أيضاً اه (قوله فكذا استثناءؤها)
أي بخلاف استثناء الحمل وأطراف الحيوان لأنه لا يجوز بيعه فكذا استثناءؤه اه اتفاقاً قوله وأطراف الحيوان أي كما اذا باع هذه
الشاة الأليتم أو هذا العبد الأليده اه فتح (قوله وفلانة) لفظ فلانة ليس (١٣) في خط الشارح اه (قوله بالفظه)
كذا بخط الشارح (قوله

فيجوز بيعه في قشره
كالشعر) أي وأجرة الدوس
والشذرية على البائع هو
المختار اه خلاصة (قوله
وقال الشافعي لا يجوز) قال
الاتقاني وقال الشافعي
لا يجوز بيع الباقي في
القشر الاول وكذا لا يجوز
عنده بيع الجوز واللوز
والفستق في القشر الاعلى
وقال في أحد قوله وبيع
الحنطة في سنبها لا يجوز
وكذلك الارز والسهم
في كفه ويجوز بيع الشعر
والذرة في سنبها بالاتفاق اه
(قوله ولا زيت ولا قطن)
قال الكمال رحمه الله وأورد
المطالبة بالفرق بين ما اذا
باع حب قطن في قطن
بعينه أو قوى عرق بعينه
أي باع ما في هذا القطن
من الحب أو ما في هذا التمر
من النوى فانه لا يجوز بيع
أنه أيضاً في غلافه أشار
أبو يوسف الى الفرق بأن

والمستثنى معلوم بالعبارة فوجب القول بجواز بيعه وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يجوز لأن الباقي بعد
الاستثناء مجهول ورعاً لا يبقى بعده شيء فيجوز عن الفائدة أو يكون رجوعاً عن النعمه قبل القبول فيصح
رجوعه على ما ينال خلاف ما اذا استثنى بخلافه معينا لأن الباقي معلوم بالمشاهدة قلنا هذه الجهة لا تقضى
الى المنازعة لأن المبيع معلوم بالاشارة وجهالة قدره لا تمنع جواز البيع في المشار اليه على ما بينا من قبل
الأتري أن يبيعه مجازفة جائز وان كان مجهول القدر وهذا هو بعينه لأنه جازف فيما بقي بعد الثمن ولأن كل ما
جازا راد العقد عليه بانقراده جازا استثناءؤه من العقد وما لا فلا وبيع ارطال معلومة من الثمن جاز فكذا
استثناءؤها ونظيره يبيع شاء معينة من القطيع فانه يجوز فكذا استثناءؤها ولو كانت مجهولة بأن باع شاء منها
بغير عينها لا يجوز فكذا استثناءؤها وعلى هذا أطراف الحيوان وأوصاف المبيع وقوله ورعاً لا يبقى بعده
شيء الى آخره قلنا الاستثناء تصرف لفظي فيعتبر فيه صحة الكلام فإذا صح تم الكلام وصار مقيداً ولا يكون
رجوعاً ولو خرج الكل بذلك الظريق لانه يتوهم البقاء ألا ترى أنه لو قال نسائي طوالت الافلانة وفلانة أو قال
عبيدي أحرار الافلانة وفلانة أو قلنا حتى لو أخرج الكل بهذا الطريق صح ولا يكون رجوعاً وانما يكون
رجوعاً اذا كان بلفظه بان قال عبيدي أحرار الاعبيدي أو نسائي طوالت النسائي حيث لا يصح هذا
الكلام ويلغوه يقع الطلاق والعتاق على الجميع فكذا هنا لا يكون رجوعاً اذا قال بعدت هذه الثمار اهذه
الثمار وما الثاني وهو ما اذا باع برافى سنبها الخ فلانه مال متقوم منتفع به فيجوز بيعه في قشره كالشعر وقال
الشافعي لا يجوز لأن العقود عليه مستور غائب عن البصر ولا يعلم وجوده فلا يجوز بيعه كبر البطح وحب
الفطن والبن في الضرع والزيت في الزيتون قبل الاستخراج قلنا الفرق بينهما أن الغالب في السنبلة الحنطة
الأتري أنه يقال هذه حنطة وهي في سنبها ولا يقال هذا حب ولا هذا لبن ولا زيت ولا قطن وعلى هذا
الخلاف الفستق والبندق والجوز والحصى الاخضر وسائر الحبوب المغلفة وما رواه مسلم وأحمد وغيرهما أنه
عليه السلام نهى عن بيع الخلل حتى يزهر وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة المراد به السلم يعني
لا يجوز الاسلام فيه حتى يوحدين الناس ألا ترى الى ما رواه مسلم والبخاري باسنادهم عن النبي عليه السلام
اذا منع الله الثمرة فم يستحل أحدكم مال أخيه فيكون حجة لنا في اشتراط وجود المسلم فيه من حين العقد
الى حين المحل ولو أجرى على اطلاقه كان حجة لنا أيضاً في هذا الموضع لانه يقتضى جواز بيعه بعد ما يبيض
مطلقاً من غير قيد بالنزله ولو كان كما قاله لقائل حتى يفرله قال (وأجرة الكيل على البائع) مراده فيما اذا
بيع مكايلة وكذا أجرة وزن المبيع وذره وعده على البائع لأن الكيل والوزن والذرع والعد فيما يبيع
مكايلة أو موازنة أو مذارعة أو معاداة من تمام التسليم وتسليم المبيع على البائع فكذا تمامه قال (وأجرة

النوى هنالك معتبر عدم ما الكافي العرف فانه يقال هذا تمر وقطن ولا يقال هذا نوى في تمر ولا حب في قطنه ويقال هذه حنطة في
سنبها وهذا لوز وفستق ولا يقال هذه قشور في لوز ولا يذهب اليه وهم اه (قوله وسائر الحبوب المغلفة) واعلم أن الوجه يقتضى ثبوت
الخيار للمشتري بعد الاستخراج في ذلك كله لانه لم يره اه كمال (قوله في الثمن وأجرة الكيل على البائع) قال الاتقاني وقال في الخلاصة أيضاً
وفي باب العين لو اشتري حنطة مكايلة فالكيل على البائع وصحب في وعاء المشتري على البائع أيضاً هو المختار ثم قال فيها وفي المتن في اخراج
الطعام من السفن على المشتري ثم قال في الخلاصة أيضاً ولو اشتري حنطة في سنبها فعلى البائع تحصيلها بالدوس والشذرية ودفعها الى
المشتري ثم قال هو المختار ثم قال فيها وفي باب السين رجل اشترى سنبها جازفاً فقطعه على المشتري وكذا كل شيء باعه كأنوم والجوز والبصل
اذا خلى بينها وبين المشتري وكذا قطع التمر على المشتري اه

(قوله في المتن ومن باع سلعة بثمن الخ) قال الاتفاقاني رحمه الله بخلاف ما إذا كان الثمن مؤجلاً انذلس للبائع حق حبس المبيع لانه بالتأجيل أسقط حقه في الحبس وكذا إذا كان بعض الثمن حالا وبعضه مؤجلاً فله حق حبس المبيع الى استيفاء الحال ولو سلم المشتري جميع الثمن الادره ما فله حق حبس جميع المبيع لان حق الحبس لا يتجزأ قال في التحفة ولو دفع المشتري الى البائع بالثمن رهناً أو تسكفله به كفيل لا يسقط حق الحبس لان هذا وثيقة بالثمن فلا يسقط حقه عن حبس المبيع لاستيفاء الثمن ولو أحال البائع رجلاً على المشتري بالثمن وقبل سقط حق الحبس وكذا إذا أحال المشتري البائع على رجل ولم يسقط حق الحبس اهـ وكتب مانصه واعلم ان للبائع حق حبس المبيع الى أن يستوفي الثمن لان قضية العقد المساواة بين العاقدين اهـ وكتب أيضاً مانصه فان جاء المشتري ببعض الثمن هل يجبر البائع على قبوله أم لا يجبر فذكر الحكم فيه في حاشية (١٤) كتبها من الاتفاقاني نقلاً عن الزيادات عند قول المصنف في باب العتق

على جعل وعتق بالتخلية
فراجعها اهـ

باب خيار الشرط

(قوله في المتن صح للتبايعين) أي وعلى قول سفيان وابن شبرمة ان كان الخيار للمشتري جاز ولا فلا كذا في التحفة اهـ اتفاقاً (قوله في المتن أيضاً ثلاثة أيام) بالنصب على أنه ظرف أي في ثلاثة أيام ويجوز رفعه على أنه خبر مبتدأ محذوف أي هو ثلاثة أيام اهـ والصواب أن يقدّم منه ثلاثة أيام اهـ (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام لحبان وجبان هو يفتح الحاء المهملة والباء المنقوطة بنقطة تحتانية شهد أحدا اهـ اتفاقاً) (قوله وكان يغبن) أي يخدع يقال

باب خيار الشرط

قال رحمه الله (صح للتبايعين أولاً حدهما ثلاثة أيام أو أقل) أي جاز خياراً بشرط لهما جلة أو لا حدهما ثلاثة أيام فإدونه لقوله عليه السلام لحبان بن منة الانصاري وكان يغبن في البياعات إذا باعت فقل لا خلاية ولي الخيار ثلاثة أيام قال (ولو أكثر) أي لو شرط أكثر من ثلاثة أيام لا يجوز وهذا عند أبي حنيفة وبه قال زفر والشافعي وقال لا يجوز إذا سمي مدة معاملة ما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه أجاز خياراً الى شهرين ولان الخيار شرع للثروة يدفع الغبن وقد عس الحاجة الى الاكثر فشا به التأجيل في الثمن ولا يخيصة أن شرط الخيار يخالف لمقتضى العقد وهو الزوم وانما يجوزناه بخلاف القياس بما روينا من النص فيقصر على مورد النص فتنتفي الزيادة بخلاف اشتراط الاجل لانه للقدرة على التحصيل وذلك بتناول المدة وحديث ابن عمر ليس بنص فيه فروى أنه أجاز خياراً الى شهر فيجمل أن يكون خياراً للرؤية

غبنه في البيع غبناً وهو من باب ضرب وغبن رأيه غبناً ضعف وهو من باب علم ويقال انه مغبون في البيع وغبن في العقل والدين اهـ غايه (قوله لا خلاية) ان خلاية الخديعة كذا في الجهرة اهـ غايه (قوله ولي الخيار ثلاثة أيام) ثم اعلم أن شرط الخيار الى ثلاثة أيام جائز استحساناً بالاجماع بهذا الحديث اهـ غايه (قوله وقال لا يجوز إذا سمي مدة معاملة) أي ولو شرط الخيار أبداً لا يجوز بالاجماع اهـ غايه وكتب مانصه وفي شرح المجمع والاصح أنه أي أبداً يوسف يوافق الامام اهـ كي (قوله ولان الخيار شرع للثروة) يعني الى النظر والتفكر اهـ غايه (قوله فشا به التأجيل في الثمن) والجامع أنهم سمي مدة للمدة بالعقد لمساس الحاجة اليها اهـ غايه (قوله لانه للقدرة على التحصيل) أي بالكسب أو تدخل غلانه وهي لا تتحقق غالباً وظاهر في أدنى مدة ولهذا جازت الزيادة على الثلاث بخلاف شرط الخيار فإنه لا بد من العذر والنظر في أن البيع راجع أو خاسر ومدة الثلاث تامة في هذا المعنى فلا حاجة الى الزيادة اهـ غايه

(قوله في المتن فإذا أجاز في الثلاث) أي بعدما كان شرطاً أكثر منها اه عيني وكتب على قوله فإذا أجاز في الثلاث ما نصه قال الاتفاق
ثم من له الخيار إذا بطل خياره فلا يخلف ما أن يكون ذلك قبل ثلاثة أيام أو بعدها فإن كان بعدها فلا يتقلب العقد جازاً خلافاً لابي
يوسف ومحمد فإن عندهما إذا شرط الخيار مؤبداً ثم أسقط الخيار بعد الثلاث جازاً لان الخيار إلى هذه المدة جاز عندهما ولا يتقلب جازاً
عند أبي حنيفة لان الخيار إلى هذه المدة لا يجوز عنده وان كان ابطال الخيار قبل الثلاثة أسقط الخيار عنه أو بعوت العبد وأعتقه
المشتري أو أحدث في المبيع ما يوجب لزوم العقد كان العقد جازاً عندنا اه غايه (قوله خلافاً لفر) أي والشافعي اه اتقاني
(قوله وله أن المفسد الخ) أي لابي حنيفة اه (قوله قد زال قبل تفره) أي لزومه وثبوته لان ثبوته بمضى ثلاثة أيام اه كي (قوله
كافي البيع بالرقم) أي فانه فاسد اه والرقم الكتابة ورقم التاجر الثوب من هذا وهو اعلام عنه بنوع علامة عليه بأن ثمنه كذا درهم
اه غايه وكتب على قوله كافي البيع بالرقم ما نصه وكالو باع جذاً في سعة ثم نزع فسله اه (قوله وهذا عند مشايخ أهل العراق)
قال الاتفاقى وقد نص الكرخي في مختصره أن البيع فاسد عند أبي حنيفة رحمه الله فان أجاز من له الخيار جازاً وعلى ذلك أهل العراق
اه (قوله فلا يتقلب صحياً) أي واليه ذهب شمس الأئمة السرخسي وغيره الاسلام وغيرهما من علماء ما وراء النهر اه غايه وكتب على قوله
فلا يتقلب صحياً ما نصه وبالإسقاط ينقد صحياً اه كي (قوله وهذا الوجه أوجه) أي الوجه الثاني الذي ذهب اليه مشايخ خراسان
وهو قوله لان المفسد الخ اه (قوله في المتن ولو باع على أنه لم ينقد الثمن الخ) هذه من مسائل (١٥) الجامع الصغير وقد ذكر صاحب الهداية

قول أبي يوسف مع أبي حنيفة
كما ترى وكذلك ذكر الصدر
الشهيد أيضاً في شرح
الجامع الصغير ولم يذكر محمد
خلاف أبي يوسف في أصل
الجامع الصغير وهذا الذي
ذكره قول أبي يوسف الأول
وروى الحسن بن أبي مالك
عن أبي يوسف أنه رجع عن
هذا القول وقال يجوز
البيع كما هو قول محمد كذا
ذكر الفقيه أبو الليث في
شرح الجامع الصغير ولهذا
المعنى قال صاحب المنظومة

أوالعيب فإذا انتفت الزيادة فسد العقد بها قال (فإذا أجاز في الثلاث صح خلافاً لفر) هو يقول ان
العقد انعقد فاسداً فلا يعود صحياً كالنكاح بغير شهود وله أن المفسد قد زال قبل تفره في قلب صحياً كما
في البيع بالرقم وأعلمه في المجلس وهذا عند مشايخ أهل العراق من أصحابنا فان عندهم ينقد فاسداً
ويرتفع الفساد بحذف الشرط لان المفسد اتصال اليوم الرابع بهذه المدة فإذا حذفه قبل اليوم الرابع
فقد منع اتصال المفسد بالعقد فصارت الخيار لم يكن مشروطاً في اليوم الرابع وأما عند مشايخ خراسان
فعندهم العقد موقوف على إسقاط الشرط فبمضي جزء من اليوم الرابع فسد العقد فلا يتقلب صحياً
بخلاف فساد النكاح لعدم الأشهاد لان الفساد فيه لعدم شرط الجواز فلا يمكن إزالته وهذا الوجه أوجه
قال (ولو باع على أنه لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا يبيع صح وإلى أربعة لا) وهذا عند أبي حنيفة وأبي
يوسف وقال محمد يجوز إلى أربعة أيام وأكثر وقال زفر لا يجوز هذا الشرط أصلاً وهو القياس لانه شرط
فيه إقالة فاسدة لتعلقها بشرط عدم النقد ولو شرط فيه الصحة منها فسد فهذا أولى وجه الاستحسان
أنه في معنى شرط الخيار بل هو عينه لانه يتخير في الأيام الثلاثة بين الفسخ والامضاء غير أن ترك النقد جعل
أمانة الفسخ والنقد أمانة الامضاء وهذا الشرط محتاج إليه لدفع المطالبة كما أن شرط الخيار محتاج إليه
لدفع الغبن غير أنه هنا بمضى المدة مع عدم النقد ينسخ العقد وفي ذلك يتم وذلك لا يوجب اختلاف الحكم

* واضطرب الأوسط فيه فاعقل * اه غايه (قوله وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله) صرح في المجمع بأن الأصح أن أبا يوسف
مع أبي حنيفة اه (قوله وقال زفر لا يجوز هذا الشرط أصلاً) من قوله هذا الشرط أصلاً إلى قوله في المتن ولو اشترى على أنهم مائة خياراً مفقود
من خط الشارح اه (قوله ينسخ العقد) قال الاتفاقى ثم انفساخ العقد عند عدم النقد في الثلاثة مذ كور في شرح الطحاوي وبه
صرح صاحب الإيضاح أيضاً واليه ذهب صاحب المختلف وقال في الفتاوى الصغرى ولو مضى الثلاثة ولم ينقد الثمن فسد البيع لأنه
لا ينسخ حتى لو أعتقه المشتري بعد ذلك ان كان العبد في يده نفذ وان كان في يد البائع لا وقال في شرح الطحاوي ولو كان هذا البيع
بهم هذا الشرط عندنا خلافاً لفر قال وهو عتلة شرط الخيار للبائع وفائدته ما ذكره في الفتاوى الصغرى بقوله ان أعتق البائع صح وان
أعتق المشتري لا ولو قال ان لم ينقد الثمن إلى أربعة أيام فلا يبيع يتنافى بالبيع فاسد في قول أبي حنيفة إلا أن ينقد الثمن في ثلاثة أيام وفي
قول محمد البيع جاز كذا ذكر الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير وقول أبي يوسف أولاً كقول أبي حنيفة وقوله آخر كقول محمد
وقدمر ثم أبو حنيفة مر على أصله في شرط الخيار حيث لا يجوز عنده أكثر من ثلاثة أيام فكذا ما هو في معناه الا اذا نقض الثمن في الثلاث
فكان البيع جازاً لانقطاع المفسد ومحمد مر على أصله أيضاً لان عنده يجوز شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام اذا كانت المدة معلومة فكذا
ما كان في معناه وكذا أبو يوسف مر على أصله أيضاً على قوله المرجوع اليه ولكنه فرق بين هذا وبين شرط الخيار على قوله الأول حيث
يجوز الزيادة على الثلاثة في شرط الخيار ولم يجوز هنا لانه اتبع أثر ابن عمر في شرط الخيار اذ هو أجاز فيه الزيادة على الثلاثة وروى عن

ابن عرفة في هذه المسئلة انه أجاز ثلاثة أيام وقد مر ذلك قبل هذا فإذا كان كذلك لم يتجاوز أبو يوسف حد السنة والاثراً وأخذهما وفيما زاد على ذلك أخذ بالقياس لأن القياس أن لا يصح هذا البيع أصلاً كما قال زفر لانه بيع شرط فيه إقالة فاسدة وهي إقالة معلقة بالشرط والبيع بشرط الإقالة الصحيحة باطل فشرط الإقالة الفاسدة أولى اه اتقاني وكتب على بنفس العقد ما نصه قال القاضي الامام ظهير الدين ههنا مسئلة لا بد من (١٦) حفظها وهوانه اذا لم يتعد الثمن الى ثلاثة أيام يفسد العقد ولا يفسخ حتى لو أعتقه

اذ في كل واحد منهما فسخ على تقدير وإجازة على تقدير والاختلاف فيما يقع به الفسخ والإجازة لا في نفس الفسخ عند إرادة الفسخ ولا في نفس الإجازة عند إرادة الإجازة فلا يعد اختلافاً أم أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله مرا على أصلهما في الزيادة على الثلاثة في المثلوق به وهو شرط الخيار على ما ينشأ أبو يوسف مع أبي حنيفة في هذا ومع محمد في شرط الخيار أخذ بالنص في هذا وبالآخر في ذلك قال (فان نقدر في الثلاث صح) يعني فيما إذا شرطاً أكثر من ثلاثة أيام وانما يصح لزوال المفسد وهذا بالإجماع ثم هذه المسئلة على وجهها ما أن لا يبين الوقت أو يبين وقتاً مجهولاً بأن يقول على أنه ان لم يتفده أياماً أو يينا وقتاً معلوماً وهو أكثر من ثلاثة أيام فهو في هذه الصور كلها فاسد لا لأن يتقدي الثلاث لما قلنا أو يينا وقتاً معلوماً وهو الثلاثة أيام أو دونه فانه يجوز لما ينشأ قال (وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه) لأن تمام البيع لا يكون إلا بالتراضي ولا يتم الرضا مع الخيار ولهذا يتفد عتق البائع ويملك التصرف فيه دون المشتري وان قبضه باذن البائع قال (وبقبض المشتري يهلك القيمة) يعني اذا قبضه المشتري وهلك في يده في مدة الخيار فان المشتري يضمن قيمته لأن المبيع يفسخ بالهلاك لانه كان موقوفاً ولا ينفذ بدون الحمل وكان مقبوضاً في يده على سوم الشراء وفيه القيمة ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء للبائع على المشتري كافي البيع الصحيح المطلق ولو تعيب المبيع في يد المشتري فللبائع أن يلزم البيع ان شاء وان شاء ففسخ البيع وضمنه التقصان لان العيب لا يمنع الفسخ واذا انفسخ العقد كان مضموناً على المشتري باقبض بجميع أجزائه كالمقبوض ولو تعيب في يد البائع فهو على خياره لان ما انتقص بغير فعله لا يكون مضموناً عليه ولكن المشتري يتخير ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء فسخه كافي البيع المطلق واذا كان العيب بفعل البائع ينفذ البيع فيه بقدره لان ما يحدث بفعله يكون مضموناً عليه وتسقط حصته من الثمن قال (وخيار المشتري لا يمنع ولا يملكه) أي لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع ولا يملكه المشتري لان البيع من جهة البائع لازم لان الخيار شرع نظر المن له الخيار فيعمل في حقه دون الآخر وانما لم يملكه المشتري كيلا يجتمع البطلان والمبطل في ملك شخص واحد وهذا عند أبي حنيفة وقال لا يملكه لانه لو خرج عن ملك البائع ولم يدخل في ملك المشتري امكان زائل لا إلى مالك ولا عهد انابه في الشرع وله أن الثمن لم يخرج عن ملكه لان الخيار يعمل في حق من له الخيار ولو دخل في ملكه لادخل بالعوض واجتمع في ملك شخص واحد العوض والمعوض ولا عهد انابه في الشرع ولان الخيار شرع نظر الله لينظر فيه هل هو موافق أم لا فلو دخل في ملكه يفوت ذلك فيما اذا اشتري قريبه لانه يعتق عليه فيه مود على موضوعه بالنقض وجاز أن يوجد خروج ملكه بالادخول في ملك غيره كعبيد الكعبة يخرجون عن ملك ملاكهم ولا يدخلون في ملك أحد عند الشراء الكعبة وكذا التركة المستغرقة بالدين يخرج عن ملك الميت ولا تدخل في ملك الورثة ولا يقال على هذا ان يكون مائة وهي منسبة عنهم الا نقول الحال موقوف ان أحيز البيع يستند الى وقت العقد فيتبين أنه ملكه من ذلك الوقت ولهذا كان له الزوائد وان فسخ بان أنه غير زائل عن ملكه فكيف يكون من السامية مع وجود سبب الانتقال ومع توقع حكمه قال (وبقبضه يملك بالثمن كتعيبه) أي بسبب قبضه بضمن غمه اذا هلك كما بضمن اذا تعيب والمرااد بالعيب عيب لا يرتفع

المشتري وهو في يده نفذ عتقه وان كان في يد البائع لا ينفذ اه خبازية (قوله) ومع محمد في شرط الخيار أخذ بالنص أي بدلالة النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام لا أنصاري اذا بايعت فقل لا خلاية ولي الخيار ثلاثة أيام اه اق وكتب على قوله بالنص نسخة بالقياس اه (قوله) في المشتري وخيار البائع يمنع الخ قال في الترية وفي المجتبى في المحيط يخرج الثمن عن ملك المشتري في هذه الصورة إجماعاً لأنه لا يدخل في ملك البائع عند أبي حنيفة خلافاً لهما اه (قوله) اذا قبضه المشتري أي وكان الخيار للبائع اه (قوله) وفيه القيمة أي اذا لم يكن مثلياً وان كان مثلياً يضمن قيمته اه كي (قوله) كافي البيع الصحيح) انما ذكر الصحيح مع أن الحكم في الفاسد كذلك جلا حال المسلمين على الصلاح اه (قوله) يخرج عن ملك الميت فيه نظر بل هي مبقاة على ملك الميت لحاجته كذا ذكر في غير موضع اه (قوله)

واهذا كان له الزوائد أي اذا الحكم عند تمام السبب يثبت من أول السبب اه وكتب على قوله الزوائد ما نصه كقطع الحاصل في مدة الخيار وأما الكسب فيستدق به ينظر في آخر غصب فتاوى الولوالجي اه وفرع كالحول والعقر والثمره والابن يمنع الرد بالإجماع وغير المتولدة كالنكسب والغلة لا يمنع بالإجماع فان أجاز البيع فاعلة والنكسب للمشتري وان فسخ فكذلك عندهما وعند أبي حنيفة رحمه الله للبائع اه عبادي (قوله في الثمن وبقبضه) أي قبض المشتري فيما اذا كان الخيار له اه

كقطع اليد فان كان يرتفع كل مرض فهو على خياره فان ارتفع في المدة لا يلزمه والارزاه لا يندخل العيب فيه عند المشتري يتسرع الرد على البائع ليجزئه عن الرد كما قبضه والهالك لا يعبر عن مقدمة عيب فيها لك بعد ما انبرم العقد فيلزمه الثمن بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع لانه يدخل العيب فيه لا يتسرع الرد ولا يجوز عن التصرف بحكم الخيار فلا يسقط خياره وان اشرف على الهالك فلولزم البيع فيه انما يلزم بعد موته وذلك لا يجوز لانه لم يبق محل البيع فكان مضمونا عليه بالقيمة ضرورية قال (فلو اشترى زوجته بالخيار بقي النكاح) لانه لم يملكها لان خيارا للمشتري يمنع من دخول المبيع في ملكه على ما بينا قال (فان وطئها فله ان يردّها) لان الوطء بحكم النكاح لا يحكم ملكا للمشتري اذ لا يملكها بهذا الشراء الا اذا انقضى الوطء لانها تتعيب به وليس له ان يردّها عليه بعد ما تعيبت عنده على ما ذكرنا وهذا عند أي خفيفة وعند ما ليس له ان يردّها مطلقا لان النكاح انفسخ بملكها اياها فيكون الوطء بحكم ملك المبيع فيمتنع الرد كما اذا اشترى غير زوجته ووطئها وهذه المسئلة تظهر فيها اثر الخلاف بينهم ولها نظائر منها عتق العبد المشتري على المشتري اذا كان قريبا له ومنها عتقه اذا كان قد حلف بعتقه بان قال ان ملكك عبد افهوه حر بخلاف ما اذا قال ان اشترته لانه يصير كالنشيء في تلك الحالة في حق تصحيح الجزاء لا غير حتى لا يجزئه عن الكفارة اذا اؤتم بخلاف ما القريب على ما عرف في موضعه ومنها ان الامة المشتراة لو حاضرت عند المشتري بعد القبض لا يجزئه عن الاستبراء لعدم الملك وعند ما يجزئه لو جوده ولو رجعت الى البائع بالنسخ بحكم الخيار لا يجب عليه الاستبراء لعدم دخوله في ملك غير عنده وعند ما يجب اذ رجعت اليه بعد القبض وان رجعت الى ملكه قبل القبض لا يجب عليه الاستبراء استحسانا كولو كان البيع باتا ثم نقضها باقالة أو غيره فانه يجب عليه الاستبراء بعد القبض قياسا واستحسانا وقبل القبض يجب قياسا وفي الاستحسان لا يجب اجماعا ومنها ما اذا اشترى منكوحته وقد وادت منه أو حبلى منه لا تصير أم ولده خلافا لما وقره الخلاف تظهر أيضا فيما اذا وادت منه قبل القبض في يد البائع وان قبضها المشتري فولدت في مدة الخيار لزم البيع بالاجماع لانها تتعيب بالولادة ولا يملك ردّها بعد التعيب في يده بخلاف ما اذا وادت قبل القبض عند أي خفيفة وهو نظير ما اذا اشترى حبلى من غيره بشرط الخيار فقبضها فولدت عنده يبطل خياره ويلزم البيع لما ذكرنا ومنها ما اذا قبض المشتري المبيع باذن البائع ثم أودعه عنده فهالك في يده هالك من مال البائع عنده لان قبضه يرتفع بالرد لعدم الملك فهالك بعد ذلك في يد البائع ان كان في المدة فهو هالك قبل القبض وقبل الملك وان كان بعد مضيها فهو هالك قبل القبض فيكون من ماله كافي البيع البات وعند ما من مال المشتري لصحة الايداع باعتباره قيام الملك له فصار كما اذا كان له خيار الرؤية أو العيب والفرق له أنهم لا يمتنعان وقوع ملك المشتري فيكون الايداع صحيحا بخلاف خيار الشرط ومنها ما لو كان المشتري بالخيار عبدا مأذونا له في التجارة فأبرأه البائع عن الثمن في مدة الخيار بقي خياره عنده لانه لم يملكه كن الرد امتناعا عن التملك والمأذون له عاقل الرد وان كان التملك بغير عوض كما اذا وهب له فان له أن يتسرع عن القبول وعند ما يبطل خياره لانه لما ملكه كان الرد منه تملك بلا عوض وهو لا يملك ذلك بخلاف الحر فصار كما لو كان له خيار رؤية أو عيب في البيع البات فأبرأه البائع عن الثمن فانه لا يملك ردّه عليه بعد القبض بالاجماع وجوابه أنهم لا يمتنعان الوقوع في الملك على ما بينا وذكر في المحيط أنه لا يملك الا براءة عن الثمن الا عند أبي يوسف لانه لم يملكه لان خيار المشتري يمنع خروج الثمن عن ملكه وهو القياس ووجه الاستحسان أنه ابراء بعد وجود سببه فيصح ومنها ما لو اشترى دمي من دمي خرا على أنه بالخيار ثم أسلم المشتري في مدة الخيار بطل الخيار عندهما لانه ملكها فلا يملك تملكها بالرد وهو مسلم وعنده يبطل البيع لانه لم يملكها باسقاط الخيار وهو مسلم ولو أسلم البائع والخيار للمشتري بقي على خياره بالاجماع ولو ردّها المشتري عادت الى ملك البائع لان العقد من جانب البائع بات فان أجاز مصادره وان فسخ صار الخمر للبائع والمسلم من أهل أن يملك الخمر حكما كما

(قوله اذا كان قريبا أي قرابة محرمة عندهما وعنده لا يعتق حتى تنقضي المدة ولم يفسخ لانه لم يملكه اه فتح (قوله ومنها عتقه) أي عندهما خلافا لابي خفيفة لانه لم يملكه بسبب الخيار فلم يوجد الشرط وعند ما وجد فعتق لانه ملكه اه (قوله بخلاف ما اذا قال ان اشترته) أي حيث يعتق اتفاقا اه (قوله فيما اذا ولدت منه قبل القبض في يد البائع) أي فعندهما تصير أم ولده خلافا لالامام اه (قوله ولو ردّها المشتري عادت) لا يظهر لقوله وان ردّها المشتري فائدة لان قوله بعد وان فسخ الخ يعني عنه اه

(قوله فصار مسلطاً على الفسخ) أي والدليل على التسليط أنه لا يشترط رضا صاحبه في الفسخ اه اتقاني (قوله مثل اعتاق من له الخيار) يعني إذا صدر الاعتاق والبيع والوطء أو التقبيل بشهوة ممن له الخيار يعني البائع فإن ذلك يكون فسخاً أم لو صدرت هذه المذكورات من المشتري والخيار له فأنه حينئذ تكون (١٨) اجازة اه ل (قوله فصار كالوكيل بالبيع) فإنه يجوز له التصرف من غير علم

الموكل اه (قوله ولهما أنه بالفسخ يلزم صاحبه) يعني إذا كان الخيار للبائع وفسخ بلا علم المشتري فتصرف المشتري في المبيع بعد مضي المدة اعتماداً على البيع السابق وعلى أن العقد تم بمضي المدة فتلزمه الغرامة قال الاتقاني وإذا فسخ البائع بلا علم المشتري يتصرف المشتري في المبيع اعتماداً على البيع السابق فيغرم قيمته إذا هلك وربما تكون القيمة أكثر من الثمن وفيه الضرر والغرر اه (قوله وكذا لا يطلب الخ) أي وكذا يلزم الضرر على البائع فيما إذا كان الخيار للمشتري وفسخ بلا علم البائع اه (قوله تم العقد ولزم) أي لأن تمام المدة دلالة لزوم البيع اه اتقاني (قوله لا يصح فسخه بغير علمه بالاجماع) وفي جامع المحبوب لو كان قبل القبض يصح الفسخ بغيبه الآخر اه ابن فرشتا (قوله أما الأول وهو موت من له الخيار) أي سواء كان بائعاً أو مشترياً اه (قوله وقال الشافعي بورث عنه) والمراد بنفي التوريث عندنا أن العقد

في الأرض ولو كان الخيار للبائع فاسم هو بطل البيع لأن المبيع لم يخرج عن ملكه والمسلم لا يقدر أن يملك الحجر ولو أسلم المشتري لا يبطل العقد البائع على خياره لأن العقد من جهة المشتري بات فإن أجاز العقد صار له لأن المسلم من أهل أن يملك الحجر حكماً وإن فسخه كان للبائع وهذا كله فيما إذا أسلم أحدهما بعد القبض والخيار لأحدهما وإن أسلم قبل القبض بطل البيع في الصور كلها سواء كان البيع باتاً أو بشرط الخيار لأحدهما ولهما لأن القبض شبها بالعقد من حيث أنه يفيد ملك التصرف فلا يملك بعد الإسلام وإن أسلم أحدهما أو كلاهما بعد القبض وكان البيع باتاً لا يبطل لأنه قد تم بالقبض بخلاف ما إذا كان بشرط الخيار على ما مر ومنها مسلم اشترى من مسلم عصياً بشرط الخيار فتخمر العصري في المدة ففسد البيع عنده وعندهما تم ومنها حال اشترى صيداً بشرط الخيار فقبضه ثم أحرم الصيد في يده فتمت قبض البيع وردا إلى البائع عنده وقال يلزم المشتري ولو كان الخيار للبائع ينتقض في قولهم جميعاً وإن كان الخيار للمشتري فأحرم البائع فله المشتري أن يردّه ومنها ما لو اشترى داراً هو ساكنها باجارة أو عارية فاستدام السكنى بعد الثراء لا يكون اختياراً عنده وعندهما اختياراً لأنه ملك العين فكان سكناء بحكم ملك العين وقال السرخسي رحمه الله ابتداء السكنى اختياراً لأن الدار لا تختص بالسكنى بخلاف الاستمرار قال (فإن أجاز من له الخيار في غيبة صاحبه صح وإن فسخ لا) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف أنه أن يفسخ أيضاً مع غيبة صاحبه لأن الشرط كان مساعداً فصار مسلطاً على الفسخ فلا يتوقف على علمه كالفسخ بالفعل مثل اعتاق من له الخيار أو بيعه أو وطئه أو تقبيله بشهوة وكالاجازة فإن علم الآخر لا يشترط فيها فلهذا لا يشترط رضا فصار كالوكيل بالبيع فإنه يجوز له التصرف من غير علم الموكل ولهما أنه بالفسخ يلزم صاحبه الضرر إذا لا يمكن من العمل بوجوب الفسخ من غير علم كالامتناع من التصرف والوطء والاستخدام بل يقدم على هذه التصرفات اعتماداً على ما سبق من البيع فتلزمه الغرامة وكذا لا يطلب أسلمته مشترياً لما قلنا فلا بد من علمه دفعا للضرر عنه كعزل الوكيل وحجر العبد المأذون له عن التصرف وفراق الشريك ونهي المضارب عن التصرف بخلاف الإجازة لأنه لا ضرر فيها على صاحبه إذ هو موافق له فيها وبخلاف الفسخ بالفعل لأنه حكمي ولا يشترط العلم بالحكمي كعزل الوكيل والمضارب والشريك وحجر العبد المأذون له في التجارة حكماً كارتداده وحقاقه بداء الحرب مرتداً وبكفونه مطبقاً ولا نسلم أنه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه وكيف يسلم عليه وهو بنفسه لا يملك الفسخ وإنما يفسخ ليكون العقد غير لازم في حقه لا بتسليط منه فيشترط علمه بخلاف الوكيل حيث يجوز له التصرف من غير علم الموكل لأنه مسلط من جهته وكذا المضارب ولو فسخ حال غيبة صاحبه وبلغ في المدة صح ولو مضت المدة قبل العلم به تم العقد ولزم والخيلة فيه أن يأخذ منه وكذا حتى إذا بدل الفسخ رده عليه وقال بعضهم أنه لو رفع الأمر إلى الحاكم وأعلمه بذلك ونصب من يخاصم عنه صح الرد عليه وذكر الكرخي أن خيار الرؤية على هذا الخلاف وفي خيار العيب لا يصح فسخه بغير علمه بالاجماع لأنه لا يثبت إلا بالقضاء قال (وتم العقد بوجوه وبعض المدة والاعتاق وتوابعه والاخذ بشنعة) يعني يتم العقد لو أحدهما هذه الجملة أما الأول وهو موت من له الخيار فلا خيار له لأن الخيار عوته يبطل ولا ينتقل إلى الورثة عندنا وقال الشافعي رحمه الله بورث عنه لأنه حق لازم ثابت له في البيع فيجوز فيه الأرض كخيار العيب والتعمين ولأن أن الخيار صفة للميت فلا ينتقل عنه كسائر أوصافه وإنما قلنا أنه صفة له لأنه ليس هو الأمشيتة وأراد فصار

لا يفسخ بفسخ الوارث كما كان يفسخ بفسخ المورث حال حياته اه اتقاني (قوله كخيار العيب والتعمين) كخيار أي كما إذا اشترى أحد التوبين على أن المشتري بالخيار في أحدهما يأخذ أي ما شاء بمن معلوم ويرد الآخر اه غايه (قوله لأنه ليس هو الأمشيتة وأراد) يعني ما يبدل من خبر ليس أي ليس الخيار شيئاً الأمشيتة وأراد اه غايه وكتب على قوله وأراد ما نصه أي أرادته الفسخ

أو الاجازة و ارادته قد انتقطعت بموته كسائر تصرفاته اهـ والخاص ان الارث انما يكون في شيء يتصور انتقاله لا فيما لا يتصور انتقاله والخيار لا يتصور انتقاله وانما قلنا ان الارث فيما يتصور انتقاله لان سائر تصرفات المورث من القدرة والعلم ونحو ذلك لا تورث وكذا منكوحته لا تورث اهـ (قوله يبطل خياره) أي خيار من له الخيار من بائع أو مشتراه (١٩) (قوله فلا يكون دليل الاستبقاء)

وهذا انما يتأتى بالنسبة الى جانب المشتري أما في جانب البائع فلا حاجة الى الامتحان فيه نفي أن يكون استخدامه دليل الاستبقاء اهـ (قوله كالمكاتب والعبد المأذون له في التجارة) أي فانهم ما يستحقان الشفعة وان علكا رقبته الدار بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع فالمشتري هناك يصر أحق بالتصرف فيها اهـ فتح وكتب على قوله المأذون له في التجارة مانصه أي المستغرق بالدين اهـ فتح (قوله وهذا التقدير يحتاج اليه لابي حنيفة) أي لانه القائل بان المشتري بالخيار لا يدخل في ملك المشتري فلا يشفع بها وقد قال يشفع بها فاحتاج الى جعله فعلا يفيد الرضا بالبائع فينبرم البيع فيثبت الملك من وقت عقد الخيار فيكون سابقا على شراء ما فيه الشفعة اهـ فتح (قوله وأما على قولهما) قال النكاح وأما على قولهما فلا حاجة لانهم قائلان بأن المشتري بالخيار ملكها فتحته له الشفعة من الوجه أنهم ما أيضا يحتاجان الى زيادة ضمنية لان الملك وان كان ثابتا عندهما فله رفعه

كخيار المجلس عنده بخلاف خيار العيب لان المورث استحق المبيع سليما فكذلك الوارث لانه ورث خياره وهذا لانه بالعيب فأت الجزء السليم فله مورث أن يطالب بذلك الجزء فيقوم الوارث مقامه فيه ولهذا ثبت له الخيار فيما تعيب في يد البائع بعد موت المورث وان لم يثبت للمورث وخيار التعيين يثبت للمورث ابتداء لاختلاط ملكه تلك الغير لان الخيار بطل بالخيار لزوم البيع وتم وأما الثاني وهو ما اذا مضت مدة الخيار فلا يملكه بطل خياره اذ لم يثبت له الخيار الا في تلك المدة كالخبرة في وقت مقدر لم يبق لها الخيار بعد مضيه ومن ضرورة بطلان الخيار تمام العقد ولو زوال المانع وأما الثالث وهو الاعتاق وتوابعه فلان هذه التصرفات دليل الاستبقاء لانهم اتعمد الملك والمراد بتوابع العتق التدبير والكتابة وكذلك كل تصرف لا يحل الا في الملك كالوطء والتقييل والمس بشهوة يتم به البيع وكذا كل تصرف لا ينفذ الا في الملك كالبيع والاجارة وهذا كله اذا كان الخيار للمشتري ووجد منه شيء من هذه الاشياء وان كان الخيار للبائع وفعل شيئا من هذه الاشياء في المدة انفسخ البيع لما ذكرنا أنه دليل الاستبقاء ولو كان الفعل يحل في غير الملك لا يتم به البيع كالاستخدام والركوب ونحو ذلك لانه يفعل للامتحان والتجربة فلا يكون دليل الاستبقاء وأما الرابع وهو الاخذ بالشفعة وصورته أن يشتري دارا بشرط الخيار ثم تباع دار أخرى بحجبها فإخذها المشتري بشرط الخيار بالشفعة فلان الاخذ بها لا يكون الا بالملك فكان دليل الاجازة وهذا لان الشفعة شرعت نظرا للملك لدفع ضرر يلزمهم على الدوام فكان الاخذ بها دليل الاستبقاء فيضمن سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت له الملك فيهما من وقت الشراء فيظهر أن الجواز كان سابقا لانه أحق الناس بالتصرف فيها فكان أولى بالشفعة وان لم يملكها كالمكاتب والعبد المأذون له في التجارة وهذا التقدير يحتاج اليه لابي حنيفة وأما على قولهما فان المشتري بالخيار ملك الدار فلا يحتاج الى هذا التقدير لثبوت الملك وانما يحتاج اليه لسقوط الخيار لا غير وهذا لان خياره يسقط به اجماعا بخلاف خيار الرؤية حيث لا يسقط باخذ الشفعة فيما اذا بيعت دار بحجبها فاخذها بغيره لانه لا يسقط بالصرح فكذا بالدلالة قال (ولو شرط المشتري الخيار لغيره صح وأيهما أجاز أو نقض صح) أي أجاز للمشتري أو من شرطه الخيار أو نقضه جاز وقال زفر رحمه الله لا يجوز اشتراط الخيار لغير العاقد وهو القياس لان الخيار من مواجب العقد ومن أحكامه فلا يجوز اشتراطه لغير العاقد كاشتراط الثمن على غيره وهذا لان اشتراط ما لا يقتضيه العقد مفسد وفيه ذلك فيفسد ولنا أن اشتراط الخيار لغير العاقد اشتراط العاقد لانه لا وجه لاثبات الخيار لغير العاقد بطريق الاصل ويمكن اثباته بطريق النيابة عن العاقد فيجعل كونه شرط الخيار لنفسه وجعل الاجنبي نائباً عن نفسه اقتضاء تصحيح التصرف وزفر لا يقول بالاقتضاء ولا بالاستحسان فاذا كان نائباً عنه يكون لكل واحد منهما الخيار فأيهما أجاز أو نقض صح لان كل واحد منهما ملك التصرف أصالة أو نيابة قال (فان أجاز أحدهما ونقض الآخر فالأصح أن لا يفسخ) أي لو فسخ أحدهما وأجاز الآخر وخرج الكلامان - ثم ما معا كان الفسخ أولى من الاجازة من أيهما كان وهو رواية كتاب المأذون من المبسوط وفي رواية كتاب البيوع منه تصرف المالك أولى فنحنا كان أو اجازة لان الاصل أقوى اذا النائب يستفيد الولاية منه فلا يصلح أن يكون معارضا للاصل ولانه لما أقدم على التصرف كان عزله منه بالتدخل حكاه وهو علك

فهو منزل وان شفعة لدفع الضرر المستمر فحين شفع دل على قصده استبقاء الملك فيسقط خياره فلا يفسخ بعد ذلك اهـ كمال (قوله حيث لا يسقط باخذ الشفعة) أي حتى اذا رآها كان له أن يردّها بعد ما شفع بها وسأى أنه لو أسقط خيار الرؤية صرح بالاسقاط لانه معلق بالرؤية فقبلها هو عدم حقيقة قولنا ثبت له خيار الرؤية أنه اذا رآها ثبت له خيار الرؤية وكذا لا يبطل خيار العيب بالاخذ بالشفعة اهـ كمال

(قوله بخلاف ما إذا وكله) أن يطلق امرأته البتة أراد به الثلاث اه (قوله ولا يقال المفسوخ) الذي في النسخ ولا يقال انجاز يلحقه الفسخ فليتام اه (قوله ويثبت لكل واحد منهما الخيار) أي ان شاء أخذ النصف ونصف الثمن وان شاء تركه ونقض البيع اه (قوله في الثمن وعين صحيح الخ) بان يقول بعثك كل واحد من هذين بخمسمائة على أي بالخيار في هذا لا تنفاه المفسد بلهالة أحد الأمرين اه فتح (قوله كل خارج عن العقد) أي الى وقت سقوط الخيار فينقضي حينئذ اه (قوله اذا انعقد مع الخيار لا ينعقد) الخ قال الاتفاقى رحمه الله أما الوجه الاول فأنما فسد بلهالة المبيع والثمن جميعا وهذا لأن البيع بشرط الخيار لا ينعقد في حق الحكم بل هو موقوف في حق الحكم الى وقت سقوط الخيار فينقضي حينئذ لما أن الخيار داخل (٣٠) في الحكم دون السبب فيمنع الحكم بعد السبب اه وقال الكمال رحمه الله

ذلك صريح بالقول فكذلك لالة بالفعل وهذا لأن تصرف النائب انما جاز للحاجة ولا حاجة عند مباشرة المتصرف بنفسه فيلغو بخلاف ما إذا وكله أن يطلق امرأته البتة فطلقها الوكيل والموكل حيث يقع عليه اطلاق أحدهما غير معين ولا يقدم تصرف الموكل لأن الوكيل في باب اطلاق سفير ومغير فكان الموجود من الوكيل منسوب اليه ولهذا يحنث في عينه أن لا يطلق فكان الصادر عن الوكيل صادرا عن الموكل بخلاف الوكيل في البيع على ما عرف في موضعه وجه الاول وهو الاصح أن المعارضة من جهة المتصرف متحققة لأن كل واحد منهما مالك للتصرف وتعد العمل بهما الاستحالة فوجب الترجيح بحال التصرف وفسخ أقوى لأنه يرد على الجواز دون العكس فكان أولى بالاعتبار كتحاكي الحرة والامة اذا وجدت معا ينفذ نكاح الحرة لأنه أقوى لوروده على نكاح الامة دون العكس ولا يقال الجواز يلحقه الفسخ ألا ترى أنه لو كان الخيار لأحدهما وفسخ بحضرة صاحبه ثم هلك المبيع في يد المشتري قبل التسليم الى البائع عاد الحال على ما كان حتى يجب عليه الثمن ان كان الخيار للمشتري والقيمة ان كان الخيار للبائع كما اذا هلك في يده قبل الفسخ لانا نقول هذا لا يترتب الا ان كلا متافى اجازة ترد على المفسوخ ولا اجازة هنا فلا يرد علينا وقبل ما ذكر في المأذون قول أبي يوسف لأنه لا يقدم تصرف المالك بل يستويان عنده وما ذكره في التبرع قول محمد لأنه لا يقدم تصرف المالك على تصرف النائب عنده واستخرج ذلك مما اذا باع الوكيل من شخص وباع الموكل من غيره فعند محمد يملكه المشتري من المالك تقديما لتصرف المالك وعند أبي يوسف يستويان فيكون بين المشتريين نصفين لاستواء التصرف في عدم تقديم المتصرف بالمالك عنده ويثبت لكل واحد منهما الخيار لتفرق الصفقة عليهم ما قال (ويوابع عبيدين على أنه بالخيار في أحدهما ان فصل وعين صحيح والا لا) أي صحيح فصل عن كل واحد منهما ما وعين الذي فيه الخيار لأن الذي فيه الخيار كان خارجا عن العقد اذا انعقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فكان الداخل في العقد غيره فإلم يكن ذلك الداخل معلوما ومنه معلوما لا يجوز ان جهالة المبيع والثمن مفسدة للعقد ولو لم يكن معلومين الا بالتفصيل والتعيين وهذه المسئلة على أربعة أوجه أحدها ان يفصل الثمن ويبين الذي فيه الخيار والثاني أن لا يبين واحدا منهما والثالث أن يبين الثمن دون الآخر والرابع بالعكس والعقد فاسد في الكل اما جهالة الثمن أو جهالة المبيع أو جهالة الثمنا في الاولى لا تنفاه الجهالة عنهما فان قيل لا يخلو ما أن تجعل المستثنى دخلا في العقد أو لا فان جعلته دخلا فيه وجب أن يجوز وان لم يبين ولم يفصل اذ ليس بيان كل جزء من أجزاء المبيع ولا بيان ثمنه شرط لجواز البيع وان كان جعلته غير داخل فيه وجب أن لا يجوز وان بين وفصل لذلك جعلت قبول العقد في غير المبيع شرطا لصحة العقد في المبيع وهو فاسد كالموجع بين حرو عبد أو شاة ذكية وميتة فانه لا يجوز وان بينهما قلنا

لأن الذي فيه الخيار لا ينعقد البيع فيه في حق الحكم فكان كأنه خارج عن البيع والبيع انما هو في الآخر وهو مجهول بلهالة من فيه الخيار ثم عن المبيع مجهول لأن الثمن لا يتقسم في مثله على المبيع بالاجزاء اه (قوله والثالث أن يبين الثمن دون الآخر) أي كأن يقول البائع بعثك كل واحد من هذين بخمسمائة على أي بالخيار في أحدهما اه وكتب على قوله دون الآخر مانصه أي لم يبين الذي فيه الخيار اه (قوله والرابع بالعكس) أي وهو أن يبين الذي فيه الخيار ولا يفصل الثمن اه (قوله اما جهالة الثمن) أي لما أن من فيه الخيار ليس بداخل في الحكم فيبقى الآخر مفردا وثمنه مجهول اه اتفاقى وقال الكمال لأن المبيع وان كان معلوما يتعين من فيه الخيار الآن

ثمنه مجهول لما قلنا ان الثمن لا يتقسم عليهم بالسوية اه (قوله أو جهالة المبيع) وهذا لما قلنا ان الذي فيه الخيار ليس بداخل في حكم العقد فيبقى الآخر مفردا وهو مجهول اه اتفاقى وكتب على قوله أو جهالة المبيع مانصه بسبب جهالة من فيه الخيار اه فتح (قوله لا تنفاه الجهالة عنهما) أي بان يقول بعثك هذين بألف على أي بالخيار في هذا اه (قوله لانك جعلت قبول العقد في غير المبيع) أي وغير المبيع هو الذي فيه الخيار اه (قوله قلنا الخ) قد أجاب صاحب الهداية رحمه الله عن السؤال المذكور بعد أن أشار الى السؤال بقوله وقبول العبد في الذي فيه الخيار ان كان شرطا لان عقد العقد في الآخر لكن هذا غير مقصد للعقد لكونه أي من فيه الخيار محلا للبيع فهو كالوجع بين قن ومدبر وباعهما بألف حيث ينفذ البيع في القن بحضته وان كان قبول العقد في المدير بشرط فيه وذلك لدخول المدير في البيع لمحلية له في الجلالة ولهذا الرقضى القاضي بجواز بيعه جاز وكان القبول شرطا صححنا فكذلك فيما نحن فيه بخلاف ما شبه

به من الجمع بين الحز والعبد لان الحر ليس بمال أصلا فلا يدخل في البيع بحال فكان اشترط قبوله اشترط شرط فاسد اه (قوله هو داخل)
 أي الذي فيه الخيار اه (قوله صيغة) أي في العقد اه (قوله في المتن وصح خيار التعيين الخ) وخيار العيب والتعيب يورث بالاتفاق
 اه اتفاقا في خيار الرؤية قوله يورث بنظر كلام الشارح الزيلعي رحمه الله في خيار الشرط عند قوله وتم العقد بعوته فان فيه ما يخالف
 قوله يورث فتنبه والله الموفق (قوله وهو أن يبيع) نسخة وهو أن يشتري اه (قوله أو يبيع أحد الثلاثة) نسخة أو يشتري (قوله على
 أن يأخذ أيها شاء) أي وبين ثمن كل واحد منهما على حدة وثن الكل متفق (٣١) أو يختلف اه كي (قوله والحاجة

الى هذا النوع من البيع متحقة) أي لان الانسان قد يحتاج الى زوج خف ونحو ذلك ولا يتيسر له أن يخرج الى السوق بنفسه بأن يكون من الرؤساء أو من المهاجرين أو من النساء في البيوت فيحصل اليه من يقوم مقامه في الشراء من الأنواع الثلاثة الجيد والوسط والردى حتى يختار ما يوافق اه (قوله وهذه الجهالة لا تنفضى الى المنازعة) أي لان من له الخيار وهو المشتري فوض اليه الامر بأخذ أي ذلك شاء اه اتفاقا (قوله فلا حاجة الى الاربعة) أي وان انعدمت المنازعة فيه بتعين من له الخيار بقي على أصل القياس اه اتفاقا (قوله وكون الجهالة بالجر عطفًا على قوله للحاجة اه (قوله قال شمس الأئمة) أي في جامع اه كي (قوله هو الصحيح) أي وهو قول الكرخي اه كي (قوله لغير الاسلام) أي في جامع اه

هو داخل صيغة غير داخل حكما فاذا كان داخلا من وجه دون وجه يتظر فان كان معلوما اعتبرناه داخلا فيجوز والا فغير داخل فلا يجوز بخلاف بيع المدبر مع القن حيث يجوز عند بعضهم وان لم يبين الثمن لانهما داخلا من صيغة وحكما اذ لم يوجد في حقه ما يمنع من ذلك ولهذا لو حكم الحاكم بجواز بيعهما صح وفيما نحن فيه الخيار يمنع انعقاده في حق الحكم أصلا وعند بعضهم لا يجوز حتى يبين الثمن فعلى هذا لا فرق بينهما ولو اشترى كميلا أو وزنيا أو عبدا واحدا على أنه بالخيار في نصفه جاز فصل الثمن أول بفصل لان النصف من الشيء الواحد لا يتفاوت ولا فرق بين أن يكون الخيار للبائع أو للمشتري قال (وصح خيار التعيين فيما دون الاربعة) وهو أن يبيع أحد العبدین أو اثنين على أن يأخذ أيها شاء أو يبيع أحد الثلاثة على أن يأخذ أيها شاء ولا يجوز ذلك في الاربعة وهذا استحسان وقال زفر والسافعي رحمهما الله لا يجوز هذا أصلا وهو القياس لجهالة المبيع وجه الاستحسان أن شرع الخيار للحاجة الى دفع العيب لاختار ما هو الارفق والارفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحقة لانه يحتاج الى اختيار من يشق برأيه أو اختيار من يشتره لاجله ولا يمكنه البائع من الحمل اليه الا بالشراء كيلا يبقى أمانة في يده فكان في معنى خيار الشرط وهذه الجهالة لا تنفضى الى المنازعة لتعين من له الخيار فلا يمنع الجواز غير أن هذه الحاجة تدفع بالثلاثة لوجود الجيد والردى والوسط فيها فلا حاجة الى الاربعة وثبوت الرخصة للحاجة وكون الجهالة غير مفضية الى المنازعة فلا يثبت بأحدهما ثم قيل بشرط أن يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور في الجامع الصغير قال شمس الأئمة هو الصحيح وقيل لا بشرط وهو المذكور في الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا الاعتبار اتفاقا لا شرطا قال غير الاسلام هو الصحيح فعلى قول هذا القائل اذا لم يشترط خيار الشرط يلزم العقد في أحدهما حتى لا يرد إلا أحدهما وعلى قول الكرخي له أن يردهما لان هذا الخيار عنده بمنزلة خيار الشرط وقال قاضيان وضع محمد رحمه الله هذه المسئلة ههنا يعنى في الجامع الصغير فيما اذا بين مدة الخيار فقال يأخذ أيها شاء بعشرة دراهم وهو بالخيار ثلاثة أيام ووضعه كذا في المأذون ووضعه في الجامع الكبير وغيره على أن يأخذ أيها شاء أولي ذكر الزيادة واذ لم يذكر خيار الشرط فلا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث فادونهم عند أبي حنيفة ومحمد معلومة أيها كانت عندهما على قول أكثر المشايخ لانه القياس بأبي جواز هذا العقد وانما جاز استحسانا بطريق الاحتياط بشرط الخيار ولا يجوز بدونه فان شرط ذلك ثبت له خيار الشرط مع خيار التعيين فاذا رد أحدهما بغير الشرط في المدة أو رد أحدهما بخيار التعيين كان له ذلك واذ امتدت المدة بطل خيار الشرط فلا يملك رد أحدهما جميعا ويبقى له خيار التعيين فبرد أحدهما وان مات المشتري في مدة الخيار يبطل خيار الشرط ويبقى خيار التعيين للوارث فلا يكون له الرد أحدهما قال العبد الضعيف فقال الله عنه اذا لم يذكر خيار الشرط فلا معنى لتوقيت خيار التعيين بخلاف خيار الشرط فان التوقيت فيه يفيد لزوم العقد عند مضي الوقت وفي خيار التعيين لا يمكن ذلك لانه لازم في أحدهما قبل مضي الوقت ولا يمكن تعيينه مضي الوقت بدون تعيينه فلا فائدة لشرط ذلك والذي

اه كي (قوله هو الصحيح) أي وهو قول محمد بن شعاع اه كي (قوله ومدة معلومة أيها كانت عندهما) أي بعد أن كانت معلومة فان قيل ينبغى أن لا يجوز في الزائد على الثلاث عند أبي يوسف لانه أخذ بالقياس في خيار النقص حتى لا يجوز الزيادة على الثلاث فينبغى أن يكون كذلك ههنا قلنا قوله في خيار النقص لم ينقد الثمن الى أربعة أيام تعليق فلا يلحق بخيار الشرط فلا يكون الاثر واردا في حقه وأما خيار التعيين من جنس خيار الشرط من حيث انه لم يكن فيهما حرف التعليق فكان الاثر واردا في حقه ما معنى كذا قيل اه دراية

(قوله ولو شرط خيار التعيين للبائع) أي بان قال بعثك هذين الثوبين على أني بالخيار أغني البيع في أحدهما لم يذكر هذا المسئلة في بيوع الاصل ولا في الجامع الصغير اهـ كي (قوله لانه يجوز للمشتري الحاجة) أي الى اختيار الارفق والاوفق اهـ (قوله ولا حاجة اليه للبائع) أي لان المبيع كان معه قبل البيع فترتب عليه الى ما يقتضيه القياس اهـ كي (قوله فهلاك أحدهما أو تعيب) قال في شرح الطحاوي ولو هلك أحدهما قبل القبض فلا يبطل البيع والمشتري بالخيار ان شاء أخذ الباقي بثمنه وان شاء ترك ولو هلك الكل قبل القبض بطل البيع اهـ اتقاني (قوله وتعين الآخر للامانة) فان قلت كيف يكون الآخر أمانة حتى اذا هلك لا يغرم لاجله شيئاً ولا يكون هو أدنى من المقبوض على سوم الشراء قلت انما كان ذلك أمانة لانه اشترى أحدهما لا غير وانما قبض الآخر ايده على البائع اذا تعين أحدهما الى المتلك ولا على سوم الشراء وقد تعين أحدهما ما بقي الآخر أمانة لانه قبضه باذن البائع لا على جهة البيع فلم يلزمه شيء بسببه اهـ اتقاني وكتب على قوله وتعين الآخر (٢٣) للامانة مانصه حتى اذا هلك بعده هلك الاول لا يلزمه شيء اهـ (قوله وان هلكا معا

يغلب على الظن أن التوقيت لا يشترط فيه ولو شرط خيار التعيين للبائع اختلف المشايخ فيه فذكر الكرخي في مختصره أنه يجوز استحصاناً قالوا واليه أشار في الزيارات ووجهه أنه خيار يجوز اشتراطه للمشتري فكذلك قياساً عليه وذكر في المجرد أنه لا يجوز لانه يجوز للمشتري الحاجة بخلاف القياس ولا حاجة اليه للبائع ثم اذا كان خيار التعيين للمشتري وقبضهما فهلك أحدهما أو تعيب لزمه البيع فيه بثمنه لا ممتنع الرد بالعيب وتعين الآخر للامانة لان الداخل تحت العقد أحدهما والذي لم يدخل تحت العقد قبضه باذن مالكه لا على سوم الشراء ولا بطريق الوثيقة فكان أمانة في يده وتعين الباقي للامانة لما ذكرنا بخلاف ما اذا طلق احدي امرأته أو أعتق أحدهما فبطلت أحدهما حيث يتعين الباقي للعناق والطلاق لانه حين أشرف على الهلاك لم يخرج من أن يكون محلاً للطلاق والعناق فلا يجوز عن الايقاع عليه قبل الهلاك وبعد الهلاك لم يبق الهلاك محلاً للايقاع فتعين الباقي لبقاء المحل وفيما نحن فيه حين أشرف على الهلاك يجوز عن رده وهو قابل للبيع ولم تبطل محلته فتعين له وهذا الفرق يرجع الى أنهما استويا في بقاء المحل قبل الموت غير أنه في البيع حين أشرف على الهلاك يجوز عن رده فتعين هو للبيع لانه قابل له وفي الطلاق والعناق كذلك لا يخرج من أن يكون محلاً للايقاع قبل الموت غير أنه لا يجوز عنه فبقي مخيراً الى الهلاك فاذا هلك خرج من أن يكون محلاً له فوقع عليه لوقع بعد الموت وهما الايقاع بعده فتعين الباقي ضرورة هذا اذا هلك أحدهما قبل الآخر وان هلكا معا يلزمه نصف عن كل واحد منهما الشروع البيع والامانة فيهما لعدم الاول به يجعل أحدهما مبيعاً وأمانة ولا فرق بين أن يكون الثمن متفقاً أو مختلفاً وكذا لو هلكا على التعاقب ولا يدرى الاول منهما يجب عن نصف كل واحد منهما لما قلنا بخلاف ما اذا تعيبا ولم يهلكا حيث يبقى خياره على حاله وله أن يرد أحدهما لانهما محمل لابتداء البيع فكذلك التعيين بخلاف الهالك ولكن ليس له أن يردهما وان كان فيه خيار الشرط له لان العيب يمنع الرد بخيار الشرط قال (ولو اشترى على أنهما بالخيار فرضي أحدهما الا يرد الآخر) يعني لو اشترى اثنان بشرط الخيار لهما ليس لاحدهما أن يرد نصيبه اذا أجاز الآخر وهذا عند أبي حنيفة وقال له أن يردته وعلى هذا الخلاف خيار الرؤية وخيار العيب لهما أن اثبات الخيار لهما اثبات لكل واحد منهما لانه شرع لدفع الغبن وكل واحد منهما محتاج الى

الخ) أي ولو كان خيار التعيين في ثلاثة أبواب وقبضها المشتري وانما يرد له فهلكت معا يلزمه ثلث كل واحد منها لما ذكرنا (قوله وكذا لو هلكا على التعاقب الخ) وان هلك أحدهما قبل الآخر ولم يكنهما اختلافاً فيه فلا تظهر فائدة الخلاف اذا كان الثمن متفقاً وانما تظهر اذا كان الثمن مختلفاً بأن يكون ثمن أحدهما عشرة وثمان الآخر عشرين فقال البائع هلك الذي ثمنه عشرون أولاً وقال المشتري هلك الذي ثمنه عشرة أولاً كان أبو يوسف يقول يتعاقبان فأيهما نكل قضى عليه بما ادعاه صاحبه وان حلفا جميعاً يجعسل كأنهما هلكا معا ولزمه نصف عن كل واحد منهما

ثم رجع وقال القول قول المشتري مع يمينه وهو قول محمد لان الثمن صار ديناً على المشتري هذا اذا لم يكن لهما مينة فلو أقام دفعه أحدهما المينة قبلت فان أقام جميعاً فينة البائع أولى لانها تثبت الفضل اهـ اتقاني (قوله بخلاف الهالك) أي فانه ليس بمحل لابتداء البيع فلا يكون محلاً لتعيينه اهـ (قوله وعلى هذا الخلاف خيار الرؤية وخيار العيب) أي قبل القبض وبعده يعني اذا اشترى شيئاً ليس لاحدهما أن يردته بخيار الرؤية أو بخيار العيب بدون صاحبه وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع رجالان اشترى شيئاً على أنهما بالخيار فرضي أحدهما فليس للآخر أن يردته في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قوله لهما ذلك وروى عن أبي حنيفة رواية أخرى قال يؤمر الآخر بردته الى هنا لفظ الفقيه وقول الشافعي كقولهما اهـ اتقاني قوله وروى عن أبي حنيفة رواية أخرى قال الاتقاني ووجه الرواية الاخرى أن الذي امتنع من الرد أراد ابطال حق الآخر في الفسخ فليس له ذلك وهذا لان المقصود الكل من اثبات الخيار أن يكون لمن له الخيار ولاية الرد لا الاجازة لان الخيار لو كان للاجازة ما كان يحتاج الى الخيار لان العقد كان يتم بالسبب السابق بلا خيار فاذا كان الرد هو المقصود وقد شرط لهما جميعاً يؤمر صاحب الرد لا يلزم ابطال حق الرد اهـ

(قوله فكان الظاهر شاهد له) والاصل في هذا أن القول لمن تمسك بالاصل وان العدم في الصفات العارضة أصل والوجود في الصفات الاصلية أصل اه فتح (قوله لكننا تابعة) أي تدخل في العدم من غير ذكر وفي جعل الوصف مقابلاً بشئ من الثن يلزم جعله أصلاً فلا يجوز اه

باب خيار الرؤية

لما شرع يذكر أنواع الخيار قدم ما كان تأثيره أكثر في العقد على غيره على التوالي وذلك لأن الموانع خمسة مانع يمنع انعقاد العلة كالبيع المضاف الى حرم مانع يمنع تمام العلة كالبيع المضاف الى مال غير مملوك حتى لا يتم الانعقاد في حق المالك ومانع يمنع ابتداء الحكم كخيار الشرط ومانع يمنع لزوم الحكم كخيار العيب ومانع يمنع تمام الحكم كخيار الرؤية حتى لا يتم الصفة بالقبض اه انقضى قدم هذا الباب على خيار العيب لانه يمنع تمام الحكم وذلك يمنع لزوم الحكم والزم بعد التمام والاضافة من قبيل اضافة الشئ الى شرطه لان الرؤية بشرط ثبوت الخيار وعدم الرؤية هو السبب لثبوت الخيار عند الرؤية واعلم أن خيار الرؤية ثبت في أربعة مواضع ليس غير شراء الاعيان والاجارة والصلح عن دعوى مال على عين والقبضة وعرف من هذا أنه لا يكون في الدين فلا يكون في المسلم فيه ولا في الايمان الخاصة بخلاف مالو كان المبيع انا من أحد النقيدين فان فيه الخيار ولو تبادعا مقايضة ثبت الخيار لكل منهما ومحل كل ما كان في عقد ينفسخ بالفسخ لا مالا ينفسخ كالمهر وبذل الصلح عن القصاص وبذل الخلع وان كانت أعياناً لانه لا ينفذ فيها لان الراد لم يلزم بوجوب الانفساخ بقي العقد فاقامه بوجوب المطالبة بالعين لا بما يقابلها من القيمة (٢٤) فلو كان له أن يرد كان له أن يرد ما بدأ وليس للبائع أن يطلب المشتري بالثن ما لم يسقط

خيار الرؤية منه ولا يتوقف النسخ على قضاء ولا رضابا لغيره قوله رددت ينفسخ قبل القبض وبعدمه لكن يشترط علم البائع عند أي خفيفة ونحوه خلافه لا يفسد كما هو خلافهم في الفسخ في خيار الشرط اه فتح (قوله في الممن شراء مال يره جائز) أي وله الخيار اذا رآه ان شاء أخذه بجميع الثن وان شاء رده سواء رآه على الصفة التي وصفت له أو على خلافها مثل أن يشتري جراباً فيه أثواب

المشتري لان الاصل عدم الخيار والكتابة فكان الظاهر شاهد له ولو ابتاعه من غير أن يشترط الكتابة والخبر وكان يحسن ذلك فتمسكه في يد البائع قبل التسليم رده عليه لانه استحق تسليمه على الصفة التي ورد عليها العقد فاذا نسبه فقد تغير المبيع قبل القبض فبرده وعلى هذا الواشترى جارية على أنها طابخة أو نجوة في جميع ما ذكرنا من الاحكام ثم في كل موضع ثبت له الخيار فيه اذا اختار الاخذ أخذه بجميع الثن لان الاوصاف لا يقابلها شئ من الثن اكونها تابعة في العقد اذا جنس متحد وله هذا لا يفسد بده العقد ولو اختلف يفسد على ما يجيء بيانه في البيع الفاسد

باب خيار الرؤية

قال (شراء مال يره جائز) وله أن يرد ما اذا رآه وان رضى قبله) وقال الشافعي لا يجوز البيع لان المبيع مجهول اذ لم يعرف منه الا الاسم فصار كالم يشر اليه ولا الى مكانه أو هو معدوم لما ذكرنا ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان أي ما ليس بحضوره عند المتبايعين مرقى للمشتري ولنا قوله عليه السلام من اشترى ما لم يره فله الخيار اذا رآه ولان الجهالة فيه لا تقضي الى المناسعة لانه اذ لم يوافق رده فصار كجهالة الوصف في المشاهد المعين والمراد بالثني عن بيع ما ليس عند الانسان ما ليس في ملكه بدليل قصة الحديث فان حكيم بن حزام قال يا رسول الله ان الرجل يطلب مني سلعة ليست عندى فأبيعها منه ثم

هرؤية أو زينة في رق أو حنطة في غرارة من غير أن يرشأ ومثله أن يقول بعثك درة في كمي صفتها كذا أو ثوباً في كمي صفتها كذا أدخل أو هذه الجارية وهي حاضرة متقبقة وله الخيار اذا رأى شيئاً من ذلك وفي المبسوط الاشارة اليه أو الى مكانه شرط الجواز حتى لو لم يشر اليه ولا الى مكانه لا يجوز بالاجماع اه لكن اطلاق الكتاب يقتضي جواز البيع سواء سمي جنس المبيع أو لا وسواء أشار الى مكانه أو اليه وهو حاضر مستورا ولا مثل أن يقول بعث منك ما في كمي بل عامة المشايخ اطلاق الجواب يدل على الجواز عنده وطائفة قالوا لا يجوز لجهالة المبيع من كل وجه والظاهر أن المراد بالاطلاق ما ذكره شمس الأئمة وغيره كصاحب الاسرار والخيرة لبعده القول بجواز بيع ما لم يعلم جنسه أصلاً كان يقول بعثك شيئاً بعشرة اه كمال (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من اشترى ما لم يره الخ) ولا بد من كون المازاد في الحديث بالرؤية العلم بالمقصود فهو من عموم المجاز عبر بالرؤية عن العلم بالمقصود فصارت حقيقة الرؤية بقرينة أفراد المعنى المجازي وهذا لوجود مسائل انفاقية لا يكتفي بالرؤية فيها مثل ما اذا كان المبيع محالاً لا يعرف الا بالشئ كسلك اشتراه وهو يراه فانه انما ثبت الخيار له عند شمه فله الفسخ عند شمه بعد رؤيته وكذا لو رأى شيئاً ثم اشتراه فوجد منه متغيراً لان تلك الرؤية غير معروفة للمقصود لا أن وكذا شراء العبيث ثبت له الخيار عند الوصف له فأقيم فيه الوصف مقام الرؤية اه فتح (قوله فصار كجهالة الوصف في المشاهد) يعني فيما لو اشترى ثوباً مامساراً اليه لا يعلم عدد درعانه يريد تشبيهه بذلك في مجرد ثبوت الجواز لا بقد ثبوت الخيار لانه لا خيار في المشبهة به أعني الثوب وهو بناء على لزوم ذكر الجنس في هذا البيع فينبغي الغائب مجرد علم الوصف اه فتح وكتب على قوله في المشاهد ما نصه أي المشار اليه اه هداية

(قوله لان الخيار معلق بالرؤية على ما روينا) أى والمعلق بالشرط عدم قبل وجوده والاسقاط لا يتحقق قبل الثبوت اه فتح (قوله) في المتن ولا خيار لمن باع مالم يره) أى بان ورث عينا من الاعيان في بلدة أخرى فباعها قبل أن يرها اه فتح (قوله) اعتبار الخيار بالشرط وخيار العيب) أى فانه يثبت للبائع حتى جاز أن يرد الثمن بالزيادة اه فتح قوله حتى جاز أن يرد الثمن بالزيادة أى كما أن للبائع أن يرد المبيع بالعيب إلا أن البيع لا يفسخ برد الثمن لعدم (٣٥) الأصل في العقد وانه يفسخ برد المبيع

للأصل ولا يقال خيار الرؤية ثبت بالحديث معلقا بالشراء فلا يثبت البيع لانا نقول الحكم في الأصل معقول المعنى والمعنى هو الجهالة بصفات العقود فيشتت في الفروع مثل حكم الأصل اه غايه (قوله) ولنا المرجوع اليه) أى للقول الذى رجح اليه أبو حنيفة اه (قوله باع) الظاهر اشتري اه غايه (قوله) وأما الذى بخط الشارح وأما قوله اه (قوله) لتعلقه بالرؤية) قال الاتقانى رحمه الله ونقل في خلاصة الفتاوى عن شرح الطحاوى أن الرد بخيار الرؤية فسخ قبل القبض وبعده ولا حاجة الى قضاء القاضي ولا الى رضا البائع واكتنه يشترط حضرة البائع خلافا لابي يوسف اه (قوله) لا يمكن دفعه كالاتفاق) أى العبد الذى اشتراه ولم يره اه فتح (قوله) أو يوجب كالمبيع المطلق) أى ولو بشرط الخيار للشتري خلاص الحق فيه للشتري

أدخل السوق فاستجدها فاشترىها فأسلمها اليه فقال عليه السلام لا تبع ما ليس عندك وأجمعنا على أنه لو باع عينا حاضرة غير مملوكة له لا يجوز وان ملكها فيما بعد ولو كان كازم بخار ولو باع عينا غائبة وكان المشتري رآها قبل ذلك جاز فبطل زعمه طردا وعكسا وقوله وان رضى قبله يتصل بما قبله أى له الخيار اذا رآه وان كان رضى قبل أن يراه لان الخيار معلق بالرؤية على ما روينا فلا يثبت قبله ولان الرضا بالشيء قبل العلم بأوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضى قبل الرؤية بخلاف فسخه حيث يعتبر قبل الرؤية أنه لو كان عقد غير لازم فيفسخ بذلك لا يوجب الخيار قال (ولا خيار لمن باع مالم يره) وكان أبو حنيفة رحمه الله أولا يقول له الخيار لان البيع يتم برضا المتعاقدين فاذا اتفق رضا أحدهما لعدم الرؤية فكذلك الرضا الآخر لا يثبت به الملك ولا يزول به الا بالرضا وهو بالعلم بأوصاف المبيع وذلك بالرؤية ولا خيار يثبت لاحد المتعاقدين فوجب أن يثبت لآخر اعتبار الخيار بالشرط وخيار العيب ثم رجع عنه وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع مالم يره أصلا قول واحد ولنا المرجوع اليه أن عثمان بن عفان رضى الله عنه باع أرضا بالبصرة من طلحة بن عبيد الله فقيل لطلحة انك قد غبت فقال لى الخيار لاني اشتريت مالم أره وقيل لعثمان انك قد غبت فقال لى الخيار لاني بعته مالم أرمه فحكما بينهما جبير بن مطعم فقتضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بحضور من الصحابة رضى الله عنهم من غير تكثير فكان اجماعا ولان خيار الرؤية معلق برؤية المشتري فيماروينا فلا يثبت دونه ولان خيار الرؤية انما يثبت للمشتري باعتبار أنه يظنه خيرا مما رأى فيرده لفوات الوصف المرغوب فيه ولورده البائع لردده باعتبار أنه أزيد مما ظنه والخيار لا يثبت بمثله كالأمر بعبد ادعى أنه عيب فاذا هو سليم لا يثبت للبائع فيه الخيار قال (ويبطل بما يبطل به خيار الشرط) أى يبطل خيار الرؤية بما يبطل به خيار الشرط من التصريح والدلالة ومزاده بعد الرؤية وما قبلها فلا يسقط وان صرح به الا في ضمن بعض التصرفات لتعذر الفسخ على مانئين وقال بعضهم اذا رآه وتحكم من الفسخ ولم يفسخ سقط خياره ولم يبرح وان لم يوجد منه الاجازة تصرح بالدلالة لان سبب ثبوت هذا الخيار جهالة أوصاف المبيع بدليل أنه لو رآه قبل العقد لا يكون له الخيار والجهالة تزول بالرؤية والخيار يسقط بزوال سببه كخيار العيب يسقط بزوال العيب وكان ينبغي أن لا يعلل فسخه بعد الرؤية منسلا بزوال سببه الا أنه ملك الفسخ لدفع الضرر عن نفسه للضرورة وهذه الضرورة تزول بقدر ما يتمكن من الفسخ والعجيب أنه مطلق غير مقيد بالزمان فيكون له الفسخ في جميع عمره مالم يسقط بالقول أو بفعل يدل على الرضا به نص عليه ابن رستم وكذا ذكره محمد في الأصل لان النص ورد بآيات الخيار مطلقا والعبرة في المنصوص عليه لعين النص لا للمعنى مع أن جهالة الوصف ليست بعلة لثبوت هذا الخيار مطلقا بدليل أنه لم يثبت له الخيار قبل الرؤية لتعلقه بالرؤية فكذلك لا يتوقف لاطلاقه عن الوقت والتقييده يكون زيادة وهو فسخ فثبت انما أن يوجد منه ما يسقطه وهو التصريح به أو التعيب أو تصرف لا يمكن رفعه كالاتفاق والتدبير أو يوجب حقا للغير كالمبيع المطلق والرهن والاجازة لوجود الرضا منه صريحا أو دلالة وكذا لو كانت هذه التصرفات قبل الرؤية يسقط به الخيار لتعذر الفسخ وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالمبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم

(٤ - زيلعى رابع) وقوله كالمبيع المطلق انما يريد به المطلق عن شرط الخيار للبائع لانه لا يخرج المبيع عن ملكه اه فتح (قوله) والاجارة) أى والهبة مع التسليم اه فتح (قوله) لتعذر الفسخ) أى لان هذه الحقوق تمنع الفسخ وتلزم البيع فلما لم تعذر الفسخ وبطل الخيار اه وكتب ما نصه وان تعذر الفسخ شرعا بطل الخيار ووجب تقدير قيد في الحديث فيكون قوله صلى الله عليه وسلم له الخيار اذا رآه مقيدا بما اذا لم يوجب شرعى عدمه اذا رآه وحاصله تقديره يخص بالعقل اه كمال (قوله) والمساومة) يقال سام البائع السلعة عرضها واذكرتها اه

(قوله لا يبطله قبل الرؤية) أي لأن خياره لا يبطل بصريح الرضا قبل الرؤية بأن قال قبل أن يرى أبطلت خيارى فلان لا يبطل بدلالة الرضا أولى اه غايه (قوله ويبطله بعد الرؤية) أي لأن الرضا بعد الرؤية يسقط الخيار صريحا كان الرضا أو دلالة اه غايه (قوله في المتن وكفت رؤية وجه الصبرة والرقيق الخ) قال الكمال والاصل في هذا أن رؤية أجزاء المبيع غير مشروط في انتفاء ثبوت خيار الرؤية لتعذره عادة وشرا والجزاء أن ينظر إلى عورة العبد والامة التي يريد أن يشتريها ولزم في بيع الصبرة النظر إلى كل حبة حبة منها ولا قائل بذلك فيكتفي برؤية ما هو المقصود فاذا رآه جعل غير المرئي تبعاً للرقى فاذا سقط الخيار في الاصل سقط في التبع اذا عرف ان بنى عليه ان من نظر إلى وجه الجارية والعبد ثم اشترى الباقي فلا خيار له فليس له أن يرد خيار الرؤية بخلاف ما لو رأى بطنها وظهرها وسائر أعضائها الا الوجه فان له الخيار اذا رأى وجههما الا سائر الأعضاء في العبد والامة تبع للوجه ولذا تنفوت القيمة اذا فرض تفاوت الوجه مع تساوى سائر الأعضاء وفي الدواب يعتبر رؤية الوجه والكفل لانهما المقصودان فيسقط برؤيتهما ولا يسقط برؤية غيرهما منها اه قال الاتقاني اذا ثبت هذا نقول لا يتخلوا ما ان كان المعقود عليه شيئاً واحداً أو شيئاً فان كان شيئاً واحداً فلا يتخلوا ما ان لا تتفاوت أحاده كالمكيل والموزون والعمدي المتقارب فاذا رأى البعض ورضى به يكون ذلك رضاً بالبعض الذي لم يره اذا كان مثل ما رأى فعلى هذا يكون النظر إلى وجه الصبرة مسقط للخيار اذا كان الباقي مثل ذلك لأن رؤية البعض تعرف حال الباقي لأن الحنطة والشعير تعرف بالنموذج ولكن هذا فيما اذا كان المكمل في وعاء (٣٦) واحداً ما اذا كان في وعاءين مختلف المشايخ قال مشايخ العراق رؤية أحدهما

كروية الكل وقال مشايخ بل لا تكون رؤية أحدهما كروية الكل لانهم ما شيا منى كانا في وعاءين والاصح هو الاول وهو المروي عن أبي يوسف كذا في الخنفة لأن تعريف الباقي فيما اذا كان الكل في وعاء واحد باعتبار المماثلة لا باعتبار اتحاد الوعاء وان كان يتفاوت أحاده كالعدديات المتفاوتة نحو الثياب في صندوق والبطاطخ في شريحة ونحو الرمانات والسفرجلات في قفة فان رؤية البعض لا تعتبر رؤية في الباقي ويكون على خياره ما لم ير الكل لأن رؤية البعض لا تعرف الباقي للتفاوت أما اذا كان المعقود عليه شيئاً واحداً كالعبد والجارية

فأرى الوجه دون سائر الأعضاء يسقط خياره اه (قوله وعلامته) أي علامة الشيء الذي لا تتفاوت أحاده أن يعرض على المبيع بالنموذج كما هو العادة بين الناس حيث يحمل السمسار شيئاً قليلاً من المكمل أو الموزون إلى المشتري حتى يراه فان أعجبه اشتراه والنموذج بفتح النون بمعنى الانموذج بضم الهمزة مغرب اه اتقاني (قوله الا اذا كان الباقي أردأ) أي مما رأى خفيته فيكون له الخيار يعني خيار العيب لا خيار الرؤية ذكره في السنايع وفي الكافي اذا كان أردأ له الخيار لانه انما رضى بالصفة التي رآها لا بغيرها وهذا العمل بقيد أنه خيار الرؤية وهو مقتضى سوق كلام المصنف والتحقيق أنه في بعض الصور خيار عيب وهو ما اذا كان اختلاف الباقي بوجهه إلى حد العيب وخيار رؤية اذا كان الاختلاف لا يوصله إلى اسم المعيب بل الدون وقد يجتمعان فيما اذا اشترى ما لم يره فلم يقبضه حتى ذكر له البائع به عيباً ثم أراه المبيع في الحال اه كمال رجه الله (قوله لانهم ما شيا) أي خيار الرؤية ولهذا يمكن من الفسخ دون قضاء ولا رضاه اه شرح منار (قوله لكونها متقاربة) أي وبه صرح في المحيط وفي المجرد هو الاصح اه فتح (قوله وكذا النظر إلى ظاهر الثوب مطوياً مما يعلم به البقية) أي فلو شرط فتحه لتضرر البائع بتكسرت به ونقصان حجته وبذلك ينقص عنه عليه اللهم الا أن يكون له وجهان فلا بد من رؤية كلا الوجهين اه فتح (قوله الا اذا كان في طيه ما يكون مقصوداً كوضع العلم) ثم قيل هذا في عرفهم أماني عرفنا قسماً يرباطن الثوب لا يسقط خياره لانه استقر اختلاف الباطن والظاهر في الثياب وهو قول زفر اه فتح

(قوله فلا بد من رؤيتهما) استعمل من قوله في المتن والادب وكفلها أي وكفت رؤيته وجه الادب وكفلها اه وكتب على قوله فلا بد من رؤيتهما مانصه فلورأي أحد الامرين فله خيار الرؤية اه اتقاني (قوله وشرط بعضهم) قال الاقطع وقد قالوا ان قال أهل الصنعة والمعرفة بالدواب أنه يحتاج الى النظر الى القوائم كان شرطاً في سقوط الخيار أيضاً اه (قوله لا بد من الجس) أي اللبس باليد اه (قوله ويعرف به كثرة اللحم وقلته) أي فان رأى ذلك من بعيد ولم يجسه فله الخيار وذلك لان السمن لا يظهر من الصوف فلا بد من الجس اه اتقاني (قوله وفي شاة القنية) أي الشاة التي تؤخذ للدرو والنسل للتجارة اه اتقاني (قوله وجعل في الختصر رؤيته داخل الدار) نسخة خارج وهو الثابت في خط الشارح وهو مخالف لما قدمه أول هذه المقالة من عبارة المتن وكتب على قوله خارج مانصه هكذا هو في كثير من نسخ هذا الشرح ويؤيده قوله في السطر الثاني لما ذكرنا في خارجها لكنه مخالف لما ذكره في المتن من قوله ودخل الدار وكذا هو في عامة نسخ المتن وكتب أيضاً مانصه قال في التحفة قال مشايخنا تأويل ما ذكر في كتاب القسمة أنه اذا رأى الدار من خارج يبطل خياره اذا لم يكن داخل الدار بنية فأما اذا كان فيها بنية لا بسقط الخيار ما لم يرد داخلها لان الداخل هو المقصود اه (قوله يسقط خياره) أي وان لم يشاهد بيوتها اه (قوله فلا بد من رؤيته ذلك كله في الاظهر) أي والاشبه كما قال الشافعي وهو المعتبر في ديار مصر والشام والعراق اه فتح (قوله وذلك يظهر رؤيته بعضها) وعبارة الشيخ أكمل الدين في شرح الهداية وهذا يصير معلوماً بالنظر الى جدرانها من خارج الدار اه (قوله ورؤية أشجار البستان يكتفي بها) قال الكيال رحمه الله وأما ما ذكر في الأشجار من (٢٧) الاكتفاء برؤية رؤس الأشجار ورؤية

خارجه فقد أنكر بعض المشايخ هذه الرواية وقال المقصود من البستان باطنه فلا يكتفي برؤية ظاهره وفي جامع قاضيخان لا يكتفي برؤية الخارج ورؤس الأشجار اه (قوله ولورأي دهناني فارورة من خارجها لا يبطل خياره) أي لان لون الدهن مما يتغير بلون الفارورة اه اتقاني وكتب على قوله ولورأي دهناني مانصه قال في التحفة لو نظر في المرأة فرأى المبيع قالوا لا يسقط خياره لانه ما رأى

كموضع العلم لان قيمته تختلف باختلافه وقال زفر لا يكتفي برؤية ظاهر الثوب ولا بد من نشره كله لانه ليس من ذوات الامثال فلا يعرف كله برؤية بعضه قلنا قبلنا تفاوت جوانب ثوب واحد فيمكن الاستدلال ببعضه على البعض منه والوجه هو المقصود من الآدمي ولهذا تفاوت قيم الرقيق بتفاوته وسائر الجسد تبع له وانكفل من الدواب فلا بد من رؤيتهما وشرط بعضهم مع ذلك رؤية القوائم وعند محمد رحمه الله رؤية الوجه كافية كالآدمي وفي شاة اللحم لا بد من الجس لانه يظهر السمن والهزال ويعرف به كثرة اللحم وقلته وفي شاة القنية لا بد من معرفة ضرعها وفيما يطعم لا بد من الذوق وفيما يشم لا بد من الشم وفي دقوف الغازی لا بد من سماع صوتها لان العلم بالشيء يقع باستعمال آلة ادراكه فلا يسقط خياره حتى يدركه وجعل في المختصر رؤيته خارج الدار كرويتها كلها لانه يستدل به على الباقي وفي عامة الروايات اذا رأى أي صحن الدار سقط خياره لما ذكرنا في خارجها وقال زفر لا بد من رؤيته داخل البيوت وهو الاصح لان بيوتها الشموية والصفية والعنبرية والسفلية ومراقفها ومطابخها واسطوحها تختلف فلا بد من رؤية ذلك كله في الاظهر لان كلاً منها مقصود فالنظر الى الخارج أو الى الصحن لا يوقع العلم بهذه الاشياء وما ذكره في الكتاب مبني على عادة أهل الكوفة في ذلك الزمان فان دورهم كانت على تقطيع واحد ولم تختلف الا في الصغر والكبر وفي كونها جديدة أو عتيقة وذلك يظهر برؤية بعضها فاكتموا به لذلك وأما اليوم بخلافه فلا يكتفي به ورؤية أشجار البستان يكتفي بهم الوقوع العلم بها ولورأي دهناني فارورة من خارجها لا يبطل خياره

عينه وانما رأى مثاله وعلى هذا قالوا من نظري المرأة فرأى فرج أم امرأته عن شهوة لا تثبت حرمة المصاهرة ولو نظر الى فرج امرأته المطلقة طلاقاً فارجعها عن شهوة في المرأة لا يصير محرماً اجعلنا قلنا ثم قال في التحفة ولو اشتري سمكاً في الماء يمكن أخذه من غير اصطيد فرأه في الماء قال بعضهم يسقط خياره لانه رأى عين المبيع وقال بعضهم لا يسقط وهو الصحيح لان الشيء لا يرى في الماء كما هو بل يرى أكبر مما هو فلهذه الرؤية لا تعرف حال حقيقةه وأما اذا كان المبيع مغيباً في الارض كالجزر والبصل والثوم والفجل ونحو ذلك لم يذكري ظاهر الرواية قال صاحب التحفة وروى عن أبي يوسف أنه قال اذا كان شيئاً يكال أو يوزن بعد القلع كالثوم والبصل والجزر فإنه اذا قلع المشتري باذن البائع أو قلع البائع رضاً المشتري يسقط خياره في الباقي لان رؤية البعض كروية الكل وان قلع المشتري بغير اذن البائع لم يكن له أن يرد سوى رضاه بالمقلوع أو لم يرض اذا كان المقلوع شيئاً له قيمة عند الناس لانه صار مبيعاً لانه كان يتمو بالقلع لا يتمو بحدوث العيب في يد المشتري بغير رضاه عن الرّدفع مصنعه أولى وان كان شيئاً يباع عدداً كالفجل والسلق ونحوهما ف رؤية البعض لا تكون كروية الكل لان هذا من العدييات المتفاوتة واذا لم يكن المقلوع شيئاً له قيمة عند الناس لا يسقط خياره لانه لا يحصل به العيب ثم قال في التحفة وذكر الكرخي مطلقاً من غير هذا التفصيل وقال اذا اشتري شيئاً مغيباً في الارض مثل الجزر والبصل والثوم وبصل الزعفران وما أشبه ذلك فله الخيار اذا رأى جميعه ولا يكون رؤيته ببعضه مبطلاً لخياره وان رضى بذلك البعض فخياره باق الى أن يرى جميعه فيرضى أو يرد وقال في الايضاح قال أبو يوسف اذا اختلف البائع والمشتري في القلع فقال المشتري أخاف ان قلعتيه

لا يصلح ولا أقدر على الرد وقال البائع أخاف أن قلعه لا ترضى به قال من تطوع بالقلع جاز وإن تشاح على ذلك فسخ القاضي لأنه لا يمكن
 الإيجاب إياه من الأضرار اه اتقاني (قوله في المروى عن أبي حنيفة ومحمد) أي حتى يصبه في كفه لأنه لم ير الدهن حقيقة لوجود
 الخائل اه فتح (قوله وعن محمد أنه يبطل) أي لأن الزجاج لا يخفى صورة الدهن وروى هشام أن قول محمد موافق لقول أبي حنيفة
 اه فتح (قوله في المتن ونظروا كيه بالقبض كنظرة) أي إذا قبضه الوكيل ناظرا إليه مكشوفاً اه (قوله وصار خيار العيب والشرط)
 أي بأن اشترى معيباً لم ير عيبه ثم وكل بقبضه فقبضه الوكيل وهو يرى عيبه لا يسقط خيار العيب للموكل وكذا إذا وكل في قبض ما اشتراه
 بشرط الخيار فقبضه الوكيل لا يسقط خيار الشرط اه فتح (قوله بأن قبضه) أي الوكيل اه (قوله مستورا) أي ثم رآه اه فتح
 (قوله والقبض على نوعين قبض تام وهو أن يقبضه وهو يراه) وإنما كان هذا قبضاً تاماً لأن خيار الرؤية يبطل به إذا قبض وبقي يار
 الرؤية يمنع تمام العقد فلما بطل هذا (٢٨) القبض من المشتري كان هذا القبض تاماً اه كمال (قوله فلا يملك اسقاطه

في المروى عن أبي حنيفة ومحمد وعن محمد أنه يبطل قال (ونظروا كيه بالقبض كنظرة لا نظره رسوله) وهذا
 عند أبي حنيفة وقال لا يكون كنظرة حتى لا يسقط خيار الموكل بقبضه لأنه يوكل بالقبض دون اسقاط
 الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وصار خيار العيب والشرط فانه لا يقدر على اسقاطها فكذلك هذا وأقرب منه
 أنه لا يقدر على اسقاطه قصداً بأن قبضه مستورا فأسقط الخيار بعده أو كان رآه من قبل فإن خيار الموكل
 لا يسقط به فكذلك ضمناً بالقبض لما ذكرنا ولا يبي حنيفة رحمه الله أنه وكاه بالقبض وأقامه مقام نفسه فيه
 والقبض على نوعين قبض تام وهو أن يقبضه وهو يراه ناقص وهو أن يقبضه مستورا لأنه إذا قبضه مستورا
 لخياره باق على حاله حتى يراه ولا تتم الصفقة مع بقاء الخيار فكان ناقصاً والموكل عليه كشوعه فكذلك الوكيل
 لا يطلق التوكيل وإذا قبضه مستورا انتهت الوكالة بالقبض انتاقص فلا يملك اسقاطه قصداً بعد ذلك لكونه
 أجنبياً بعد انتهاء الوكالة وهذا لأنه يملك القبض والقبض يتضمن السقوط لكونه كاملاً ضرورة فأن انفصل
 السقوط عن القبض بأن كان بعده قصداً أو قبضه بالرؤية لا يملكه اذ لم يوكله إلا بالقبض وهذا بخلاف خيار
 العيب لأنه لا يمنع تمام الصفقة فلا يتصور القبض معه وبخلاف خيار الشرط لأنه لا يسقط بقبض الموكل
 فلا يتصور فيه القبض التام فكذلك بقبض الوكيل وبخلاف الرسول لأنه لا يملك شيئاً وإنما إليه تبليغ الرسالة
 ولهذا لا يملك القبض والتسليم إذا كان رسولا في الشراء والبيع والفرق بين التوكيل والارسال أن يقول
 في التوكيل كن وكيل في القبض وفي الارسال كن رسول في قبضه أو أمرتك بقبضه وبقوله ونظروا كيه
 بالقبض احتراز عن الوكيل بالشراء فأن نظره بالاجماع كنظر الموكل فقيد بالقبض لما فيه من الاختلاف
 ولم يقيد الرسول به لأن نظره لا يكون كنظر المرسل مطلقاً سواء كان الرسول بالقبض أو بالشراء قال (وصح
 عقد الاعمى ويسقط خياره إذا اشترى بحس المبيع وشبهه وذوقه وفي العقار بوصفه) أما صحة عقده فلا نه
 مكلف محتاج فصار كالبصير وأما سقوط خياره بما ذكره فلا نه هذه الأشياء تفيد العلم لمن استعملها على ما بينا
 في البصير وقوله يسقط خياره بحس المبيع الخ محمول على ما إذا وجد الجس منه قبل الشراء وما إذا اشترى
 قبل أن يحس لا يسقط خياره به بل ثبت باتفاق الروايات لما روينا ويمتد إلى أن يوجد منه ما يدل على الرضا
 من قول أو فعل في الصحيح على ما بينا وكتفي بالوصف في العقار لأنه لا سبيل له إلى معرفته إلا به والوصف قد
 يقوم مقام الرؤية في حق البصير كما في السلم حتى لا يكون له خيار الرؤية فيه بعد ما وصف له فكذلك في حقه

الخ) ونقض بمثلين لم يعم
 الوكيل مقام الموكل قيمما
 أحدهما أن الوكيل
 لو رأى قبل القبض لم يسقط
 برؤيته الخيار والموكل لو رأى
 ولم يقبض يسقط خياره
 والثانية لو قبضه الموكل
 مستورا ثم رآه بعد القبض
 فأبطل الخيار بطل والوكيل
 لو فعل ذلك لم يبطل وأوجب
 بأن سقوط الخيار بقبض
 الوكيل انما يثبت ضمناً
 لتمام قبضه بسبب ولايته
 بالوكالة وليس هذا ثابتاً في
 مجرد رؤيته قبل القبض
 ونقول بل الحكم المذكور
 للموكل وهو سقوط خياره
 إذا رآه انما يأتى على القول
 بأن مجرد مضى ما يتمكن به
 من الفسخ بعد الرؤية يسقط
 الخيار وأيسر هو بالصحيح
 وبين الجواب الأول يقع
 الفرق في المسئلة الثانية

لأنه لم يثبت ضمناً للقبض الصحيح بل ثبت بعد انتهاء الوكالة بالقبض الناقص اه فتح وقوله وهذا بخلاف خيار العيب لأنه
 لا يمنع أي بخلاف خيار الرؤية فإنه يمنع تمام الصفقة اه (قوله في المتن وسقط) كذلك الخط الشارح اه (قوله فصار كالبصير) قال الاتقاني
 رحمه الله والحاصل أن ما يمكن جسده وذوقه وشبهه يكتب في ذلك اسقوط خياره في أشهر الروايات ولا يشترط بيان الوصف له ويكون ذلك
 بمنزلة نظر البصير لأن أقصى ما يستدل به على معرفة الشيء وفي رواية هشام عن محمد أنه يعتبر الوصف مع ذلك لأن التعريف الكامل في
 حقه يثبت بهذا ما فاما لا يمكن جسده كأنه على رؤس الشجر فيعتبر فيه الوصف لا غير في أشهر الروايات وهو المروى عن أبي يوسف ومحمد اه
 (قوله فكذلك في حقه) أي فإذا رضى الاعمى بالوصف كان بمنزلة النظر من البصير اه وعن أبي يوسف أنه اشترط مع ذلك أن يوقف في مكان
 الخ في جامع العتابي هو أن يوقف في مكان لو كان بصيراً لآه ثم يذكر له صفته ولا يخفى أن إبقائه في ذلك المكان ليس بشرط في صحة الوصف
 وسقوط الخيار به فإذا لم يذكر في المبسوط واكتفى بذلك الوصف لأن الوصف قد أقيم مقام الرؤية كما في السلم وعن أنس كره السكرخي وقال

وقوفه في ذلك الموضع وغيره سواء في أنه لا يستفيد به علما اه فتح (قوله واجراء الموصى على رأس المحرم) أي الذي لا يشعر عليه اه فتح وكتب على قوله واجراء الموصى الخ مانصه ولا يخفى ضعفه لان العجز لا يتحقق الابتحاق العجز عن الوصف فان القائم مقام الشيء بمنزلة وقد ثبت شرعا اعتبار بمنزلة في السلم وجوب اجراء الموصى مختلف فيه وكذا التحريك غير لازم لا لاي اه فتح (قوله ولو اشترى البصير ثم عي قبل الرؤية انتقل الى الوصف) أي كأنه كان أعني عند العقد اه انتقائي (قوله وليس له أن يردّه وحده) أي كيلا يكون تفريقا للصفقة على الباقي قبل التمام وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعد اختيار الشرط بدليل أن له أن يفسخه بغير قضاء ولا رضاء ويكون فسخا من الاصل لعدم تحقق الرضا قبله لعدم العلم بصفات المبيع ولذا لا يحتاج الى القضاء والرضا فان قيل ما الفرق بين هذا وبين ما اذا استحق أحدهما لا يرد الباقي وهنا وفي خيار الشرط يرد الآخر اذا رد بعد القبض أجيب بأن رد أحدهما في خيار الرؤية والشرط واجب تفريق الصفقة قبل التمام ما علم أن الصفقة لا تتم معهما وفي الاستحقاق لو رد كان بعد التمام لان الصفقة تتم فيما كان ملكا البائع ظاهرا فلم يثبت في الباقي عيب الشركة حتى لو كان المبيع عبدا واحدا فاستحق بعضه كان له أن يرد الباقي أيضا كما في خيار الرؤية والشرط لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب والمشتري لم يرض بهذا العيب في فصل الاستحقاق اه فتح قال الانتقائي ثم اذا أراد أن يرد ما لم يره اذا رآه ليس له أن يردّه وحده بل يردّه ما جعلا ان شاء لئلا يلزم تفريق الصفقة (٢٩) قبل التمام وكذلك الحكم في خيار

الشرط لا يجوز له أن يفسخ البيع في أحدهما دون الآخر وهذا لان خيار الرؤية والشرط عزمان تمام الصفقة سواء كان المبيع مقبوضا أو غير مقبوض ولهذا يرد من له الخيار بلا قضاء ولا رضا بخلاف خيار العيب فانه إذا اشترى ثوبين بثمن واحد فوجد بأحدهما عيبا بعد القبض له أن يرد المبيع وحده لان خيار العيب لا يمنع تمام الصفقة بل تتم الصفقة بالقبض فلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام يرد أحدهما فلو وجد بأحدهما عيبا قبل

وعن أبي يوسف أنه اشترط مع ذلك أن يوقف في مكان لو كان بصيرا رآه منه لان التشبه يقوم مقام الحقيقة عند العجز كعجزك الشفتين أقيم مقام القراءة في حق الآخر في الصلاة واجراء الموصى على رأس المحرم بالحج أو العمرة عند التحلل وقال الحسن يוכל وكذا لا يقبضه له وهو يراه وهو أشبه بقول أبي حنيفة رضي الله عنه لان رؤية الموكيل به كروية الموكل عنده على ما بينا وقال بعض مشايخنا يشترط مس الخيط والاشجار مع الوصف وان أبصر بعد الوصف وبعد ما وجد منه ما يدل على الرضا فلا خيار له لان العقد قد تم به وان لم فلا ينتقض بعد ذلك الا برضاها ولان خياره قد سقط به فلا يعود ولو اشترى البصير ثم عي قبل الرؤية انتقل الى الوصف لو جرد العجز قبل العلم به قال (ومن رأى أحدا الثوبين فاشترىهما ثم رأى الآخر له ردهما) لان رؤية أحدهما لا تغني عن رؤية الآخر لثبوت فبق خياره فيما لم يره فيجوز ردهما لما روي وليس له أن يردّه وحده نهي عليه السلام عن تفريق الصفقة في ردهما جميعا ضرورة ولا يقال خياره ثبت بالنص فيما لم يره وفي منع الفسخ فيه وحده ابطال له فكان باطلا لانا نقول نحن لان منع خيار الفسخ فيه وانما نقول اذا اختار الفسخ ففسخ فيه وفي الآخر احتراز عن التفريق فكان فيه عملا بوجبه وفيه جمع بين الحديثين لان الذي لم يره يرد به الحديث الاول والذي رآه بالثاني لما أن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعد هذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضا ولا يكون فسخا لخلل في الرضا بالعقد وهو الصفة كما لا تتم بالاجاب وحده لعدم رضا الآخر بالصفقة وكذا لا تتم مع خيار العيب قبل القبض لان العقد غير تام قبل القبض اذ لا يفيده ملك التصرف وليس له أن يفرق في القبض كما لا يفرق في القبول وبعد القبض لا يمنع تمام

القبض ليس له أن يردّه وحده لئلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام لانهم لم يتم قبل القبض والمعنى في تفريق الصفقة لزوم الضرر على البائع لانه ربما لا يمكنه ترويح أحدهما بدون الآخر بجوده أحدهما ورداءة الآخر وفي منع المشتري عن الرد أيضا ضرر لان قبل القبض ضرر البيع أكثر لانه يلحقه ضرر مالي وضرر المشتري ليس بمالي بل هو بطلان مجرد قوله متى ألزمناه رد كليهما وبعد القبض ضرر المشتري أكثر لانه يرد الكل يبطل حقه عن اليد والرقبة وضرر البيع موهوم فربما يمكنه بيع المعيب بثمن جيد فيدفع أعلى الضررين بأدناهما ثم بعد القبض اذا وجد بأحدهما عيبا لا يكون له ردهما الا برضا البائع لان سبب الرد وجد بأحدهما دون الآخر وفي المكمل والموزون من ضرب واحد اذا قبض فوجد به عيبا ليس له الآن بأخذه جميعا أو يردّه جميعا كذا ذكره محمد في الاصل وذلك لان الماسة نابتة للمكمل والموزون باعتبار الجميع فانه لا قيمة للحبة وأمثالها فصار الكل كشيء واحد حكى في حق الرد ولهذا جعل رؤية البعض رؤية الباقي كما في الثوب الواحد ففي مسألة الاستحقاق قال في الشامل في قسم المبسوط استحق أحد المختلفين بعد القبض لا خيار له في الآخر لان استحقاق أحدهما لا يوجب نقصانا في الآخر لا حقيقة ولا اعتبارا ولو كان واحدا فاستحق بعضه له الخيار لوجود النقصان فانه لا يمكن الانتفاع الا بالثاني وان كان قبض أحدهما ولم يقبض الآخر ثم استحق أحدهما له الخيار لتفرق الصفقة قبل التمام ولو استحق بعض المكمل بعد القبض لا يخير لان الشركة ليس بعيب فيه ولو استحق قبل القبض يخير لتفرق الصفقة قبل التمام كذا في الشامل اه (قوله والذي رآه بالثاني) أي بالحديث الثاني وهو نهي عليه الصلاة والسلام عن تفريق الصفقة اه

(قوله ولهذا أفاد العقد) هذا لا يصلح دليلا لأنه مع خيار الرؤية تلك التصرف مع أنه لم يتم الصفقة اه (قوله كما صار انظريه فيه) أي نظري القبول في الانفراد به اه من خط الشارح (قوله أن لم يتغير لا يخير) أي لأن خيار الرؤية في شرائها لم يثبت للجعل بصفات المعقود عليه فإذا كان المبيع على ما رام من الصفقة يحقق العلم بصفاته بالرؤية السابقة فالتحق الموجب للخيار بالرؤية المتقدمة فلم يبق له الخيار اه اتقاني (قوله الا اذا لم يعلم عند العقد أنه كان راء من قبل) أي كان رأي جارية ثم اشترى جارية متقدمة لا يعلم أنها التي كان راءها ثم ظهرت اياها فان له الخيار لعدم ما يوجب الحكم عليه بالرضا أو رأى ثوبا فلف في ثوب وبيع فاشترى وهو لا يعلم أنه ذلك اه كمال رحمه الله (قوله الا اذا بعدت المدة) قال الاتقاني فنقول ان كان لا يتفاوت في تلك المدة غالباً بالقول للبائع وان كان التفاوت غالباً بالقول للمشتري كما قال شمس الأئمة السرخسي وذكر في الكافي اذا انظر الى مملوك أو دابة ثم اشتراه بعد ذلك بشهر لم يكن فيه خيار فان قال المشتري بتغير عن حاله الذي رأته عليه فعليه البيعة وعلى البائع المين ولم يصدق المشتري في قليل المدة واعتبر الشهر قليلا في حق الحكم لأنه لا يتغير في مدة الشهر غالباً اه وكتب على قوله (٣٠) الا اذا بعدت المدة ما نصه بحيث يعلم أنه تغير (قوله فيكون القول له مع عينه)

أي وكذا لو أراد أن يردده فقال البائع ليس هذا الذي بعته وقال المشتري بل هو هو فالقول للمشتري سواء كان في بيع بات أو في خيار الشرط أو الرؤية ولقائل أن يقول الغالب في البيعات كون المشتري يرى المبيع فدعوى البائع رؤية المشتري تمسك بالظاهر لأن الغالب هو الظاهر والمذهب أن القول لمن يشهد له الظاهر لأن يتمسك بالأصل الا اذا لم يعارضه ظاهر فالوجه أن يكون القول للبائع في الرؤية اه فتح (قوله أو وهب رد) أي الباقي بعد البيع والهبة اه (قوله لانهم امتنعان تمام الصفقة) أي وان كان بعد القبض لعدم تكامل الرضا فلو جاز

الصفقة لانهم ما قدر رضا بالعقد على تقدير السلامة وهي ثابتة ظاهرا فلزم وتم ولهذا أفاد العقد فيه ملك الرقبة والتصرف ولو كان في رضاها خلل لما أفاد حقيقة أن خيار العيب ثبت لقوات بعض أوصاف المبيع وقوات بعض المبيع نفسه لا يمنع تمام الصفقة بعد القبض حتى يملك التصرف فيه فهذا أولى فالتفريق بعد ذلك لا يضر لأنه تفريق في الفسخ اذ لم يبق بعد تمامه الا الفسخ ولهذا لا يعلل أحدهما الفسخ به بعد القبض بل يفسخ بقضاء القاضي أو بالتراضي ولو كان يمنع التمام للملكة كما في خيار الشرط وخيار الرؤية وصار نظير القبول في الانفراد به كما صار انظريه فيه أي نظري القبول في الانفراد به فيه قال (ولا يورث خيار الشرط) أي لا يورث خيار الرؤية كالا يورث خيار الشرط لأن الخيار ثبت بالنص للعاقدة والوارث ليس بعاقدة فلا يثبت له ولا خيار وصف له فلا يجري فيه الارث على ما بينا قال (ومن اشترى ما رأى خيرا ثم تغير والا) أي ان لم يتغير لا يخير لان العلم بالمبيع حصل بالرؤية الاولى وقد رضى به مادام على تلك الصفقة الا اذا لم يعلم عند العقد أنه كان راء من قبل حينئذ يثبت له الخيار لعدم رضاه لان الرضا بدون العلم بأوصافه لا يتصور وانما يخير اذا وجدته متغيرا لان تلك الرؤية لم تقع معللة له بأوصاف المبيع فصاركه لم يره قال (ون اختلفا في التغير فالقول قول البائع مع عينه) لان الظاهر يشهد له الاصل بقاها كان على ما كان وكذا سبب لزوم قد ظهر فلا يصدق في دعواه التغير الابينة الا اذا بعدت المدة لان الظاهر شاهده ألا ترى أن الجارية الشابة تكون مجوزا بطول المدة قال (وللمشتري لو في الرؤية) أي لو اختلفا في الرؤية كان القول قول المشتري لانها امر حادث والمشتري يسكره فيكون القول له مع عينه قال (ولو اشترى عدلا وباع منه ثوبا أو وهب رده بعيب لا بخيار رؤية أو شرط) لان الرد قد تعذر فيما أخرجه عن ملكه ولا يمكنه أن يرد الباقي بخيار الرؤية والشرط سواء كان قبل القبض أو بعده لما فيه من تفريق الصفقة قبل التمام لانهم امتنعان تمام الصفقة على ما ذكرنا وفي خيار العيب يملك التفريق بعد القبض على ما بينا وفيه وضع المسئلة فالمراد منه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية لا ارتفاع المانع من الرد وهو تفريق الصفقة كذا ذكره شمس الأئمة رحمه الله وعن أبي يوسف أنه لا يعود لان الساقط لا يعود فصار خيار الشرط

رد الباقي يلزم تفريق الصفقة قبل التمام وهو باطل كتفريق الصفقة في خيار القبول حيث لا يجوز له أن يقول اشترى بفضله دون بعض فلما لم يحز التفريق في خيار القبول لم يحز في خيار الرؤية أيضا لان كل واحد منهما لا يجب عقابته عرض مالي حتى اذا بطل بطل لا الى بدل وأما في خيار العيب فله أن يرد ثوبا دون ثوب لأنه لا يلزم تفريق الصفقة بعد التمام لان خيار العيب لا يمنع تمام الصفقة وهي تتم مع لانه وقع على السليم والظاهر السلامة فوجد الرضا من كل واحد منهما فتم الصفقة لتمام الرضا والتفريق بعد تمام الصفقة جائز ثم للمشتري أن يرد المبيع ان شاء لغرض من البائع وان شاء رضى به اه اتقاني (قوله فلو عاد اليه بسبب هو فسخ) قال الاتقاني ومعنى قوله عاد اليه بسبب هو فسخ أي عاد الذي اشتراه ولم يره ثم باعه أو وهبه وسلمه بسبب هو فسخ بان رده عليه بقضاء في البيع وقضاء أو بغير قضاء في الهبة وكذا اذا رده عليه في البيع بخيار شرط أو رؤية اه وكتب على قوله هو فسخ مانصه أي محض كالرد بخيار الرؤية أو الشرط أو العيب بالقضاء أو الرجوع في الهبة اه فتح (قوله كذا ذكره شمس الأئمة) قال الاتقاني وشمس الأئمة هو أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي صاحب التصانيف الكثيرة في الأصول والفروع توفي سنة ثمان وثمانين وأربع مائة سنة توفي

وعليه

أن يقول اشترى بفضله دون بعض فلما لم يحز التفريق في خيار القبول لم يحز في خيار الرؤية أيضا لان كل واحد منهما لا يجب عقابته عرض مالي حتى اذا بطل بطل لا الى بدل وأما في خيار العيب فله أن يرد ثوبا دون ثوب لأنه لا يلزم تفريق الصفقة بعد التمام لان خيار العيب لا يمنع تمام الصفقة وهي تتم مع لانه وقع على السليم والظاهر السلامة فوجد الرضا من كل واحد منهما فتم الصفقة لتمام الرضا والتفريق بعد تمام الصفقة جائز ثم للمشتري أن يرد المبيع ان شاء لغرض من البائع وان شاء رضى به اه اتقاني (قوله فلو عاد اليه بسبب هو فسخ) قال الاتقاني ومعنى قوله عاد اليه بسبب هو فسخ أي عاد الذي اشتراه ولم يره ثم باعه أو وهبه وسلمه بسبب هو فسخ بان رده عليه بقضاء في البيع وقضاء أو بغير قضاء في الهبة وكذا اذا رده عليه في البيع بخيار شرط أو رؤية اه وكتب على قوله هو فسخ مانصه أي محض كالرد بخيار الرؤية أو الشرط أو العيب بالقضاء أو الرجوع في الهبة اه فتح (قوله كذا ذكره شمس الأئمة) قال الاتقاني وشمس الأئمة هو أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي صاحب التصانيف الكثيرة في الأصول والفروع توفي سنة ثمان وثمانين وأربع مائة سنة توفي

أبو بكر خواهر زاده والامام القدوري هو أبو الحسين أحمد بن محمد بن جعفر البغدادي توفي سنة ثمان وعشرين وأربعمائة وفي هذه السنة توفي أبو علي بن سينا الحكيم والقدوري تلميذ الشيخ أبي عبد الله الجرجاني وهو تلميذ أبي بكر الرازي وهو تلميذ الكرخي اه (قوله وعليه اعتمد القدوري) أي وصححه قاضيان اه فتح وكتب مانصه وحقيقة المخط مختلف فشمس الأئمة لحظ البيع والهبة مانعازال فيه من المقتضى وهو خيار الرؤية عمله ولحظ على هذه الرواية مسقطا وإذا سقط لا يعود بلا سبب وهذا الوجه لأن نفس هذا التصرف يدل على الرضا وبطل الخيار قبل الرؤية وبعدها اه فتح

باب خيار العيب

(قوله لأن مطلق العقد يقتضي السلامة من العيب) أي في العقود وعليه في عرف التجار والمعروف بالعرف كالمشروط بالشرط صريحاً اه اتقاني (قوله اشتري منه عبداً أو أمة) شك من الراوي اه (قوله لا داء ولا غائلة ولا خبثة) الداء ما كان في الجسد والخلة والخبثة ما كان في الخلق والغائلة هو سكوت البائع عما يعلم في المبيع من مكروه اه والعداء بالعين والدال (٣١) المهملتين هو ابن خالد بن هوزة بن خالد كان

اسلامه بعد الفتح وقال الترمذي هذا الحديث حسن غريب كذا يحفظ الشارح وكتب على قوله ولا خبثة مانصه قال ابن الاثير أراد بالخبثة الحرام كما عبر عن الحلال بالطيب والخبثة نوع من أنواع الخبث أراد به أنه غير رقيق لأنهم قوم لا يحل سبهم كمن أعطى عهداً أو أماناً أو من هو حر في الأصل اه فقوله نوع من أنواع الخبث يقتضي أن يكون بكسر الخاء وسكون الباء وهذا هو المحفوظ في الحديث وقد ضبطه المصنف بالقلم بضم الخاء وسكون الباء وفيه نظر اه (قوله بيع المسلم للمسلم) بضم بيب ورفع النصب

وعليه اعتمد القدوري رحمه الله بخلاف ما إذا وهب عبده المدين من له الدين أو عبداً جاني من رب الجنابة حتى سقط الدين والجنابة ثم رجع في الهبة حيث يعودان عند أبي يوسف رحمه الله خلافاً للمجد والعذر لأبي يوسف أن حق خيار الرؤية أضعف منهما والله أعلم

باب خيار العيب

وهو ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة قال رحمه الله (من وجد بالمبيع عيباً أخذه بكل الثمن أوردته) لأن مطلق العقد يقتضي السلامة من العيب فكانت السلامة كالمشروط في العقد صريحاً لكونها مطلوبة عادة فعدت فواتها بتغير كيد لا بتضرر بالزام ما لا يرضى به كما إذا كان الوصف المرغوب فيه المشروط في العقد كمن اشتري عبداً على أنه خباز أو نحوي فوجده بخلاف ذلك ولو كان السلام كالمشروط في العقد لا يحل له أن يبيع المبيع حتى يبين عيبه لقوله عليه السلام لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً وفيه عيب إلا بينه رواه ابن ماجه وأحمد بن عناه ومرويه عليه السلام برجل يبيع طعاماً فأدخل يده فيه فإذا هو مسؤول فقال من غشنا فليس منا رواه مسلم وغيره وكتب عليه السلام كتاباً بعد ما باع فقال فيه هذا ما اشتري العبد ابن خالد بن هوزة من محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم اشتري منه عبداً أو أمة لا داء ولا غائلة ولا خبثة يبيع المسلم للمسلم رواه ابن ماجه والترمذي فإذا اختار الأخذ أخذه بجميع الثمن ولا ينقص من الثمن شيئاً لأن الأوصاف لا يبقاها شيء من الثمن بالعقد لكونها تبعاً فلا تكون أصلاً ولا من اجاله بخلاف ما إذا صارت مقصودة بالاتلاف بأن حدث العيب بفعل البائع بعد البيع قبل القبض حيث يسقط من الثمن بمحضته إذا اختار الأخذ لأن الأوصاف يكون لها حصة بالاتلاف قصدوا المراد به عيب كان عند البائع وقبضه المشتري من غير أن يعلم به ولم يوجد من المشتري ما يدل على الرضا به بعد العلم بالعيب قال (وما أوجب نقصان الثمن عند التجار عيب) لأن التضرر بنقصان المالمية وذلك باستقصاء القيمة والمراجع في

على المصدر أي باعه بيع المسلم والرفع على أنه خبره بمتداخذه وفي أي هذا بيع المسلم وهو مضاف إلى الفاعل والمفعول منصوب وليس في ذلك ما يدل على أن المسلم إذا باع غير المسلم جاز أن يعامله بما يتفق من خيانة أو غشاً وانما قال ذلك على سبيل المبالغة فإن المسلم إذا باع المسلم يرى له من النصح أكثر مما يرى لغيره والله أعلم اه (قوله فإذا اختار الأخذ أخذه بجميع الثمن ولا ينقص الخ) قال الاتقاني ثم ليس للمشتري امساك المبيع وأخذ نقصان العيب لأنه حينئذ يلزم الضرر على البائع فلا يجوز وهذا لأن البائع لم يرض أن يخرج المبيع عن ملكه إلا بالثمن المذكور فعلي تقدير الأخذ النقصان يلزم أن يكون الثمن أقل مما رضى به والمشتري وإن كان يتضرر بالعيب أيضاً يمكن تدارك ذلك برد المبيع فلا ضرورة في الأخذ النقصان اه (فرع) لو صالح المشتري البائع عن حق الرد بالعيب على مال يجوز وبه قال مالك والشافعي وفي وجهه لا يجوز والاتفاق على عدمه في خيار الشرط والرؤية قاله الكمال اه (قوله حيث يسقط من الثمن بمحضته) أي وكما إذا حدث عند المشتري عيب أخر حيث يكون له الرجوع بنقصان العيب على البائع اه (قوله وقبضه المشتري من غير أن يعلم به) أي عند البيع ولا عند القبض أما إذا رأى ذلك عند أحدهما من الخالين يسقط خياره لرضاه بالعيب دلالة اه اتقاني (قوله في الثمن وما أوجب نقصان الثمن الخ) أراد بهذا بيان معرفة العيوب لأنه لما قال من وجد بالمبيع عيباً الخ فوقع الحاجة إلى معرفة العيوب فبين العيب بهذا اه

(قوله ثم اذا وجد شئ من هذه الاشياء من صغير غير مميز لا يكون عيبا) أى لانه لا يعرف الامتناع من هذه الاشياء اه (قوله فان البول قبل البلوغ لضعف في المثانة) والضعف قبل البلوغ شامل في الاعضاء كلها ثم عند البلوغ تكمل أعضاؤه ويستند فكذا هذا فاذا بلغ ومع هذا بال دل على أنه كان معنى اخر سوى ذلك الضعف الاصلى وهو ثبوت ضعف في المثانة بسبب اخر فحينئذ يكون عيبا لزاما اه اتقانى (قوله لاتحاد السبب) والحاصل أنه اذا اتفق الحالان علم أن السبب واحد فيكون هذا العيب تابعا عند البائع فأما اذا اختلف فلا يعرف لانه يجوز أن يزول الذى كان عند البائع ثم حدث النوع الاخر عند المشتري فلا يكون له حق الرد كالعبد اذا حم عند البائع ثم عند المشتري فان كان هذا الثانى غير (٣٣) ذلك النوع لا يثبت حق الرد وان كان من نوعه يثبت حق الرد اه اتقانى نقلا عن

معرفة عرف أهله قال (كالاباق والبول في الفراش والسرقة لانها توجب نقصان القيمة عندهم) ثم اذا وجد شئ من هذه الاشياء من صغير غير مميز لا يكون عيبا وان كان مميزا يكون عيبا ويزول بالبلوغ فان عاوده بعد البلوغ يكون عيبا حادنا غير الاول لزوال الاول بالبلوغ فيكونان مختلفين لاختلاف سببهما فان البول قبل البلوغ لضعف في المثانة وبعده ادعى الباطن والاباق قبل البلوغ لخب اللعب والسرقة قبل البلوغ لقلة المبالاة وهما بعدة نلت في الباطن حتى لو وجد شئ منها عند البائع قبل البلوغ ثم وجد عند المشتري بعد البلوغ ليس له أن يرده لزوال الاول بالبلوغ ولو وجد عند البائع قبل البلوغ ووجد عند المشتري أيضا قبل البلوغ يرده به مالم يبلغ لاتحاد السبب وكذا اذا وجد عند البائع بعد البلوغ وعند المشتري أيضا بعد البلوغ يرده لما ذكرنا والسرقة لا تختلف بين أن تكون من المولى أو من غيره الا اذا سرق من المولى شيئا للاكل فانه لا يكون عيبا فان التقصير جاء من قبل المولى حيث أحوجه اليه وان سرق طعاما من المولى لبيعه يكون عيبا لانه لا يأمنه في حفظ ماله ولو سرق الشئ ليسير نحو الفلس والفلسين لا يكون عيبا ولو نقب البيت يكون عيبا وان لم يأخذ في الاباق اذا خرج من البلد يكون عيبا بالاتفاق ان أبى من المولى أو من رجل كان عنده باجارة أو عارية أو ودعة بخلاف ما إذا أبى من الغاصب الى المولى أو الى غيره ان لم يعرف منزله أو لم يقو على الرجوع اليه وان لم يخرج منه اختلفوا فيه والاشبه أن يقال ان كانت البلدة كبيرة مثل القاهرة يكون عيبا وان كانت صغيرة بحيث لا يخفى عليه أهلها ويوتها لا يكون عيبا قال (والجنون) لما ذكرنا وهو فساد في الباطن لان العقل معدنه القلب وشعاعه في الدماغ والجنون انقطاع ذلك الشعاع وهو لا يختلف باختلاف السن حتى لو وجد عند البائع في صغره وعادته عند المشتري بعد الكبر يرده لانه عين ذلك الاول وقيل لا تشترط المعاودة عند المشتري بل اذا ثبت أنه كان به جنون عند البائع يرده وان لم يعاوده في بدا المشتري لانه قبل نزول والصحيح انه لا يرده حتى يعاوده عنده لان الله تعالى قادر على ازالته فلا بد من المعاودة ومقداره أن يكون أكثر من يوم وليلة ومادونه لا يكون عيبا وقال بعضهم المطبق عيب ومادونه لا يكون عيبا قال (والبحر والدفر والزنا وولد في الجارية) يعنى هذه الاربعة تكون عيبا في الجارية دون الغلام لانه يخل بالمقصود منها وهو الاقتراض وطلب الولد لافي الغلام لان المطلوب منه الاستخدام وهذه الاشياء لا تخل به لانه يستخدمه من بعد وكونه أدفرا أو أبحرا أو زانيا أو ولدا لالتمعه منه الا أن يكون فاحشا بحيث يمنع القرب من المولى أو يكون الزنا عادة له لان الفاحش من البحر والدفر يكون من داء وهو عيب واتباع النساء يشغله عن الخدمة وذلك بان يسكر منه الزنا أكثر من ميتين والعيوب كلها لا بد لها من المعاودة عند المشتري حتى يرد الزنا في الجارية فانه روى عن محمد في الامالى لو اشترى جارية بالغة وقد

التحقه مع بعض تغيير اه (قوله في المستن والجنون) وحكى عن الشيخ أبى بكر الاسكافى البلخى أن الجنون أيضا بمنزلة البول في الفراش والاباق والسرقة فلا يمكن المشتري أن يرد بالجنون اذا جن عنده في حالة الكبر اذا كان الجنون عند البائع في حالة الصغر وانما يثبت حق الرد اذا كان الجنون عند البائع في حالة الكبر أيضا ووجه ذلك أن سببه في الصغر الضعف الشامل على الاعضاء وهو يزول بالكبر كما في ضعف المثانة وفي حالة الكبر لفساد اختصاصه بمحمل العقل والصحيح ما ذهب اليه عامة المشايخ لان ضعف الدماغ لا يوجب الجنون بل يوجد فيه من العقل بقدره ولهذا يظهر آثار العقل في الصغار ثم يزداد ذلك بزيادة قوته فيمكن الجنون ثابته لفساد فيه اه اتقانى (قوله وعادته

عند المشتري بعد الكبر يرده) أى بخلاف الاباق ونظائره فانه لا يثبت حق المعاودة عند المشتري بل اذا ثبت أنه كان به جنون كانت عند البائع يرده اه (قوله لانه عين ذلك الاول) أى لان الجنون لا يكون الانفساد في محمل العقل وهو الدماغ في أى وقت يظهر فهو بذلك السبب اه اتقانى (قوله في المتن والبحر والدفر) البحر رائحة متغيرة من الفم وكل رائحة ساطعة فهي بحر مأخوذة من بخار القدر وبخار الدخان وهذا البحر الذى يتغير به من ذلك كذا في الجهرة والدفر تن ريح الابط قال في الجهرة الدفر التنت رجل أدفرا وامرأة أدفرا ويقال للمرأة يادفار معذول وقد شمت دفر الشئ ودفره بسكون الفاء وفتحها وأما الدفر بالذال المعجمة فهو حدة من طيب أو تين ورجاخص به الطيب فقيس مسك أدفرا كذا في الجهرة اه اتقانى قال السكالك قيل الرواية هنا والسماع بالدال غير المعجمة اه (قوله دون الغلام) فان قيل لو وجدته سارقا كان له أن يرده والمعنى في ذلك أنه لا يؤمن على الخزانة والاموال فاذا كان زانيا لم لا يكون عيبا لانه لا يؤمن على الجوارى والخدم قيل

إذا كن مستورات يمكنهن حفظ أنفسهن وإذا شغلته المولى بالعمل ربحا لا يتفرغ لذلك الأمر فلذلك المعنى لا يكون غيبا قاله الاتفاقى نقلا
عن الفقيه أبي الليث اه (فرع) النكاح عيب في الرجل والمرأة جميعا وعمل محمد في الأصل بقوله لأن فرج الجارية عليه حرام إذا
كان له زوج ولأن العبد يلزم بنفقة المرأة قال في الفتاوى الصغرى وعدة الجارية عن طلاق رجبى عيب وعن الباقر لا إذا اشترى جارية
قد ولدت عند البائع لامن البائع أو عند آخر ولم يعلم المشتري بذلك وقت العقد هل له أن يرد فيه روايتان على رواية كتاب البيوع لا يرد إذا
لم يكن بسبب الولادة نقصان ظاهر وعلى رواية المضاربة يرد لأن على تلك الرواية الولادة عيب لازم لأن التكسر الذى يحصل بسبب الولادة
لا يزول أبدا وعليه التوى نفس الولادة عيب في بن آدم وفي البهائم لا اه اتفاقى (فرع) والعسر عيب وهو الذى يعمل بشماله ولا يعمل
بيمينه قاله الاتفاقى نقلا عن الأجnas اه (قوله في المتن والتكفر) قال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن أبي حنيفة فيمن اشترى عبدا
فأذا هو يهودى أو نصرانى أو مجوسى أو اشترى أمة فوجدها كذلك قال كل هذا عيب يرد منه وهذا لأن المسلم قايما رغب في صحة الكافر
وينفر عنه فكان الكفر سببا لنقصان الثمن لفتور الرغبة فكان عيبا ولأنه لا يجوز صرف الكافر إلى كفارة القتل بالأجماع ولا يجوز صرفه
إلى كفارة اليمين عند بعض الناس فاختلقت الرغبة اه اتفاقى (٣٣) (قوله يرد لفوات الوصف المرغوب فيه)

أى لأن الأولى بالمسلم أن
يستعبد الكافر وكان
السلف الصالح يستعبدون
العالمح والجواب أن هذا
أمر راجع إلى الديانة
ولاعترافه في المعاملات
اه اتفاقى (قوله ويعرف
ذلك بقول الامة) قال
الامام العتباتى رحمه الله
وغيره انما يعرف ذلك عند
المنازعة بقول الامة لأنه
لا يعرف ذلك غيرهما ويحلف
المولى مسع ذلك بالله لقد
سألها بحكم البيع وما بها
هذا العيب وان نكل ترد
بنكوله هذا اذا كان بعد
القبض وان كان قبل

كانت زنت عند البائع فلا يشتري أن يرد هوان لم تزن عنده للحقوق العار بالاولاد وفي نوادر بشر عن أبي
يوسف رجل اشترى جارية فأبقت عنده ثم وجدها واستحقها مستحق بيينة فعيب الباقر لازم لها أبدا وهذا
نصر على أن الباقر أيضا لا يشترط معاودة فعله هذا يرجع المستحق بنقصان العيب عليه وان لم يرد هوانها
عنده وكذا من اشترى منه يرد هوانا عليه به من غير معاودة عنده والاول هو الظاهر وقد ذكرنا وجهه وقال
الشافعى رحمه الله الزنا في الغلام عيب كالسرقة قلنا لا تنقص قيمته بالزنا ولا يعد عيبا عادة الا اذا كثر منه
بخلاف السرقة فان المولى يشق عليه حفظ ماله عنه وكذا احده أعظم وهو قطع اليد من حد الزنا وهو
الجلد قال (والكفر) يعنى في الغلام والجارية هو عيب لان طبع المسلم ينفر عن صحبته للعداوة الدينية
ولا يجوز اعتناقه عن كفارة القتل فتحتل الرغبة فيه ولو اشتراه على أنه كافر فوجده مسلما لا يرد لأنه زال
العيب وقال الشافعى يرد لفوات الوصف المرغوب فيه لان استعباد الكافر وإدلاله مطلوب المسلم والحجة
عليه ما ذكرناه قال (وعدم الحيض والاستحاضة) لان ارتفاعه واستمرار الدم أمارات الداء وهذا لان الحيض
مرتكب في بنات آدم فاذا لم تحض فالظاهر أنه لداء فيها وذلك الداء هو العيب وكذلك الاستحاضة لداء فيها
ولا يسمع دعواه بانها ارتفع الا اذا ذكر سببه وهو الداء أو الحبل فيالم يذكر أحد هما لا يسمع دعواه ويعتبر في
الارتفاع أقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة عند أبي حنيفة ويعرف ذلك بقول الامة لأنه لا يعرفه
غيرها ويستخلف البائع مع ذلك ان كان بعد القبض فترد بنكوله وان كان قبله فكذلك في الصحيح وعن أبي
يوسف رحمه الله يرد بلا عين البائع لضعف البيع قبل القبض حتى يملك المشتري الرد بلا قضاء ولا رضا وضح
القصح للعقد الضعيف بحجة ضعيفة قالوا في ظاهر الرواية لا يقبل قول الامة فيه ذكره في الكافي ولودعى
انقطاعه في مدة قصيرة لا يسمع دعواه وفي المدينة تسمع وأقلها ثلاثة أشهر عند أبي يوسف وأربعة أشهر

(٥ - زيلعى رابع) القبض بخلافه بالله ما بها هذا العيب الذى يدعيه المشتري في الحال وهذا على قياس قول أبي

حنيفة وأبي يوسف في مسألة البكارة اذا اشترى جارية على أنها بكر فقال المشتري ليست ببكر وقال البائع هى بكر في الحال فان القاضى
يربها النساء فان قلن هى بكر لزم المشتري من غير عين البائع لان شهادتهن تأيدت بما يدعى وهو أن الأصل هو البكارة وان قلنا هى ثيب ثبت
حق الفسخ للمشتري بشهادتهن لان شهادتهن ضعيفة وحق الفسخ حق قوى وبشهادتهن ثبت للمشتري حق الخصومة في توجيه اليمين
على البائع فيحلف البائع بالله لقد سألها بحكم البيع وهى بكر ان كان بعد القبض وان كان قبل القبض بالله انها بكر وروى عن محمد
أنها ترد على البائع بشهادتهن من غير عين البائع فكذلك هنا ترد من غير عين البائع وقال في الفتاوى الصغرى اذا اشترى جارية فوجدها
لا تحيض لا تسمع منه الخصومة ما لم يدع ارتفاع الحيض بسبب الداء أو الحبل فان ادعى بسبب الحبل ربحها النساء فان قلن هى حبلى يحلف
البائع أن ذلك لم يكن عنده وان قلن ليست حبلى لا عين على البائع وان ادعى المشتري ارتفاع الحيض بسبب الداء لم يكتب المحشى
(قوله قالوا في ظاهر الرواية لا يقبل قول الامة فيه) فى الهداية ويعرف ذلك بقول الامة فترد اذا انضم اليه نكول البائع اه (قوله
وفي المدينة تسمع) وأقلها ثلاثة أشهر قال الاتفاقى قال محمد في الأصل والمستحاضة والنكى يرتفع حيزها زمانا فلهذا كاه عيب وفسر في التحفة
أدى ذلك الزمان شهرين اه

وعشر عند محمد وعن أبي حنيفة وزفر أنها ستة وأوجه الأمر فيه أنه إذا ادعى انقطاعه وأحسن دعواه على ما ذكرنا سأل القاضي البائع فان أعز ما ادعاه المشتري ردها على البائع وإن أنكر قيام العيب للمحال وهو الانقطاع لا يحلف عنه أبي حنيفة على ما يجي بيانه وإن أقر بقيامه في الحال وإنكاره كان عنده يحلف فان حلف برى وإن نكل رد عليه وإن أقام المشتري البيضة على أن الانقطاع كان للبائع قال في الكافي لا تقبل لأنهم لا يعرفون انقطاعه فتمنع القاضي بكذبهم بخلاف ما إذا شهد أنه امتحاضه لأن الاستحاضة درور الدم فيطلع عليه وذكر في النهاية معزى إلى فتاوى الفضلي أن المرجح في الحبل إلى قول النساء وفي الداء إلى قول الأطباء واشترط لثبوت العيب فيها قول عدلين منهم وقال بخلاف ما لم يطلع عليه الرجال حيث ثبت بقول المرأة يحلف البائع على أنه لم يكن عنده لأن المشتري لا يرد بعيب حادث عنده وإنما يرد بعيب كان عند البائع فلا بد من اليقين قال (والسعال القديم) لأن دوامه يدل على الداء وتنتقص بسببه قيمته قال (والدين) لأن ماليته يكون مشغولاً به ويقدم المغرماء على المولى قال (والشعر والماء في العين) لأنهما يضيقان البصر ويورثان العمى قال (ولو حدث آخر عند المشتري رجع بنقصانه أو رد برضا بائعه) أي لو حدث عند المشتري عيب واطلع على عيب كان فيه عند البائع فله أن يرجع بالنقصان وليس له أن يرد له إلا برضا البائع لأن بالرد اضطراراً بالبائع لأنه خرج عن ملكه سائماً عن العيب الثاني ولا بد من دفع الضرر عنهم فاقنعين الرجوع بالنقصان إلا أن يرضى البائع بأخذه لأنه رضى بالتزام الضرر فيخبر المشتري حينئذ إن شاء رده وإن شاء رضى به وليس له أن يرجع لنقصان بعد ما رضى البائع به لزال موجب لذلك وهو امتناعه من أخذه بخلاف ما إذا خاط الثوب بقيصاً ثم أطلع على عيب حيث يرجع عليه بالنقصان وليس له أن يأخذ الثوب لأن امتناع الرد هناك لحق الشرع كيلا يلزم الرضا فلا يقدر على اسقاطه وهذا امتنع لحق البائع فيسقط باسقاطه ولا يقال إن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن فكيف يرجع عليه بالنقصان لأننا نقول إذا صار مقصودة يقابلها وتصير مقصودة بأحد أمرين إما بالانقلاف حقيقة كما إذا قطع البائع يده قبل القبض فإنه يسقط من الثمن بقدره وهو النصف وإما بالمنع حكم كما إذا امتنع الرد لحقه أو لحق الشرع بأن نقص أو زاد لأن الجزء القائن صار حقاً للمشتري بالعدو وجب عليه تسليمه فإذا عجز صار مانعاً لذلك الجزء حكماً فيرد عليه المبيع إن أمكن دفع الضرر عنه ولا يرجع عليه بالنقصان لأنه دفاع الضرر به وإن لم يمكن رجوع عليه بمحضته من الثمن فصار له حصته من الثمن لكونه مقصوداً بالمنع حكماً فاعتبر الحكمي للضرورة عند تعذر دفع الضرر عنه بغيره وطريق معرفته أن يقوم وبه إذا عيب ثم يقوم وهو سالم فإذا عرف التفاوت بين القيمتين يرجع عليه بمحضته من الثمن حتى إذا كان عشر القيمة مثلاً رجع عليه بعشر الثمن وإن كان ثلثاً فثلثه وقال مالك يرد المشتري المبيع ويرده معه نقصان العيب الحادث عنده لأن رد البندل عند تعذر رد المبدل كرده فصار رد الكل المبيع فيرجع عليه بكل الثمن ولئلا ينال حق الرد ثبت للمشتري ليندفع به الضرر عن نفسه على وجه لا يضر به البائع ويعدم ما عيب عنده لو رد. تضرره البائع لأنه خرج عن ملكه سائماً عن العيب الحادث عنه ويعود إليه معيباً به فلا يلزمه وضرر المشتري أمكن دفعه بالرجوع عليه بمحضته من الثمن فلا يصار إليه أصلاً ثم لو رضى البائع بأخذ المبيع بعيبه فقد التزم الضرر باختياره وليس له أن يرجع على المشتري كيلا يرجع المشتري بشيء على البائع إذا رضى بأخذ المعيب ولا يقال مراعاة حق المشتري أولى عند تعارض الحقين لما أن البائع دلس عليه وصار مغروراً من جهة فيرجع مراعاته حق المشتري أولى عند تعارض الحقين لما أن البائع دلس عليه العاصي ألا ترى أن من غصب ثوباً بآفاته أو صبغته لا تسقط عصاة صنعه قال (ومن اشترى ثوباً قطعاه فوجده عيباً رجع بالعيب) لأن القطع عيب حادث وقد بينا أنه يمنع الرد بوجوب الرجوع بالنقصان

(قوله وأحسن دعواه) أي بان ذكر سببه وهو الداء أو الحبل اه (قوله مشغولة به) الذي بخط الشارح مشغولاً به اه (قوله إلا أن يرضى البائع بأخذه) أي بالعيب الحادث فله ذلك لأننا قلنا بتعذر الرد لحق البائع فلما رضى أسقط حقه بخلاف ما إذا كان المبيع عصيراً فتخمر في يد المشتري ثم أطلع على عيب في العصير وهي مسئلة الجامع الكبير حيث لا يكون للبائع أن يأخذ آخره ويدرأ الثمن وإن وجد منه الرضا بالأخذ لأن الامتناع حقه لحق الشرع لما فيه من تعليق الخرج وتلكها فلا يقع بتراضي المتعاقدين كالأثر اضماً على بيع الخمر ولكن يأخذ المشتري نقصان العصير اه اتفاقاً (قوله فلا يصار إليه أصلاً) هكذا هو بخط الشارح رجه الله ووجهه أن يقال فلا يصار إليه أي إلى الرد بعيب قدیم مع حدوث عيب آخر عند المشتري وفي عبارة الكافي وغيره فيصار إليه بدون قوله أصلاً وهي ظاهرة المراد أي فيصار إلى الرجوع عليه بمحضته من الثمن اه

(قوله حيث لا يكون له أخذه) قال الاتقاني رحمه الله قال في شرح الطحاوي انهم لو ارضوا على الرد فالتقاضي لا يقضي بالرد اه (قوله في المتن وان باعه المشتري لم يرجع) أي بعد العلم بالعيب أو قبله اه غايه (٣٥) (قوله حيث لا يبطل الرجوع بالنقصان)

أي سواء علم بالعيب يوم البيع أو بعده اه اتقاني وكتب على قوله حيث لا يبطل بالنقصان مانعه لان امتناع الرد ليس لحق البائع بل لحق الشرع لحصول الزيادة فيه بالخطيئة فكان الرد ممنعا قبل البيع بالخطيئة لا بالبيع اه اتقاني وكتب أيضا مانعه قال الاتقاني وكذلك الحكم فيما لو كان المبيع خنطة فطعنها أو كان لحما فشواه أو كان دقة فخنزه ثم باعه يرجع بنقصان العيب لان المشتري ليس بمجاس للبيع بل امتنع الرد قبل البيع لحق الشرع اه (قوله في هذه الصور) يعني لوقطعه وخطئه ثم باعه بعد رؤية العيب أو صبغه ثم باعه بعد رؤية العيب أولت السويقي بسمين ثم باعه بعد رؤية العيب فانه يرجع بالنقصان في هذه الصور وكتب على قوله في هذه الصور مانعه أي بعد رؤية العيب اه (قوله حيث لا يمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية) أي اذا رضى من له الحق في الزيادة فاذا أبي المشتري الرد وأراد الرجوع بالنقصان وقال البائع لا أعطيك نقصان العيب ولكن رد على المبيع

بخلاف ما اذا اشترى بغيره أو فخره فوجد معه فاسدا حيث لا يرجع بالنقصان عند أبي خنيفة والفرق له أن النحر افساد للمالية لانه يصير به عرضة للنتن والفساد ولهذا لا يقطع السارق بسرقة فاختل قيام ماليته بغيره فصار كالتلافه كما اذا كان عبدا أو طعاما فقتله أو أكله قال (وان قبله البائع كذلك له ذلك) لان الامتناع لحقه وقد رضى به بخلاف ما اذا كان الامتناع لزيادة فيه حيث لا يكون له أخذه لان الامتناع لحق الشرع على ما بينا قال (وان باعه المشتري لم يرجع بشئ) لانه صار حاسبا له بالبيع اذ رد غير متمتع بالقطع برضا البائع على ما ينافي كان مقوت بالرد بخلاف ما اذا خطئه ثم باعه حيث لا يبطل الرجوع بالنقصان لانه لم يصير حاسبا له بالبيع لامتناع الرد قبله بالخطيئة من غير علم بالعيب وبعده امتناع الرد لا تأثر له قال (فلو قطعه أو خطئه أو صبغه أو لت السويقي بسمين) فأطلع على عيب يرجع بنقصانه كالمواضع بعد رؤية العيب) يعني لو باعه في هذه الصور وانما يرجع بالنقصان لتعذر الرد بسبب الزيادة اذ الفسخ في الاصل بدون الزيادة لا يمكن لانها لا تنفك عنه ومع الزيادة أيضا لا يمكن لان العقد لم يرد عليها فكذا الفسخ اذ هو لا يرد الا على عين ما ورد عليه العقد والامساك فسخا ولو أخذ لكان رد باضا على ما بيناه فاذا امتنع الرد بسبب الزيادة لا تأثر للمبيع للامتناع قبلها فلا يصير به حاسبا بخلاف القطع من غير خطيئة على ما ذكرنا وبخلاف ما اذا زاد المبيع زيادة متصلة كالسمن والجمال حيث لا يمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية ويصير بالمبيع بعدها حاسبا له لان الزيادة في مثلها تتبع محض كونها وصفا فلا يمنع الفسخ فاصله أن الزيادة نوعان متصلة ومنفصلة فالمتصلة ضريان متولدة من الاصل كالجمال وغير متولدة منه كالصبغ وقد ذكرنا حكمهما والمنفصلة أيضا نوعان متولدة من المبيع كالولد والثمر واللبس ونحو ذلك فانه يمنع الرد لانه لا وجه الى الفسخ فيها مقصودا لان العقد لم يرد عليها ولاتباع الانقضاء لها ولا الى الفسخ في الاصل وحده بدون الزيادة لانه يؤدي الى الرأى ان المشتري اذا رد المبيع وأخذ الثمن تبقى الزيادة في ملكه بلا عوض والنوع الثاني من هذا النوع زيادة غير متولدة من الاصل كالكسب فانه لا يمنع الرد بالعيب والفسخ فاذا فسخ سلم للمشتري مجانا لانه ليس بمبيع بحال مالا لانه متولد من المنافع والمنافع ليست بجزء العين ولهذا لا يتبع الكسب الكاسب في الحسبة والكتابة والتدبير والاستيلاء حتى لا تكون أكسابهم مثلهم ولا يلزم من حصولها للمشتري مجانا أن يكون رد لانه ليس بجزء للمبيع فلم يملكه بالثمن وانما يملكه بالضمان وعمله يطيب الربح لما روي أنه عليه السلام قضى أن الخراج بالضمان رواه مسلم والخاري وغيرهما في رواية أن رجلا ابتاع غلاما فاستغله ثم وجد به عيبا فرد به بالعيب فقال البائع غلام عبدي فقال أليس قال النبي صلى الله عليه وسلم الغلام بالضمان رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه فاذا ثبت هذا فنقول ان كل موضع يكون المبيع قائما فيه على ملك المشتري ويمكنه الرد برضا البائع فخرجه عن ملكه يمنع الرجوع بالنقصان لكونه مقوت له وكل موضع يكون المبيع قائما فيه ولا يمكنه الرد وان رضى به البائع فخرجه عن ملكه لا يمنع الرجوع بنقصان العيب لانه لم يصرف مقوتا بالخراج بل كان متمعا قبله ولهذا قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا للولد الصغير وخطئه ثم وجد به عيبا لا يرجع بنقصان العيب لانه صار مملوكا له بالقطع قبل الخطيئة في وقت لا يمنع الرد ولو كان الولد كبيرا يرجع بالعيب لانه لم يصير مملوكا له الا بقبضه اذ لا ولاية له عليه فحصلت الخطيئة من غير علم بالعيب في ملك الاب فامتنع الرد به ثم حصل التملك بعد ذلك بالتسليم فلا يمنع الرجوع بالنقصان قال (أومات العبد أو أعتقه) أي الخطيئة وشحوها لا تمنع الرجوع بنقصان العيب كما لا يمنع البيع بعد الزيادة على ما تقدم وكما لا يمنع موت العبد واعتاقه أما الموت فامتنع فلان الملك ينتهي به لان الملك في محمل الحياة ثبت باعتبارها فينتهي بانتهائها وامتناع

حتى أرد عليك جميع الثمن قال ح س ليس للبائع ذلك وقال م لذلك اه (قوله فاصله ان الزيادة نوعان متصلة الخ) الزيادة المتصلة المتولدة من الاصل لا تمنع الفسخ عند محمد لانها تابعة للاصل اه غايه وعادة (قوله ولهذا قلنا) أي لاجل ما قلنا وهو أن المشتري اذا كان حاسبا للمبيع لا يرجع بنقصان العيب قلنا الخ اه

(قوله لان امتناع الرد بفعله فصار كالقتل) قال الاتقاني وأما الاعتاق بلا مال فالقياس أن لا يرجع بنقصان العيب وهو قول زفر ذكره قاضيان وهو قول الشافعي أيضا كذا نقل قوله في شروح الجامع الصغير لا نه جنس المبيع بفعله فصار كالاعتاق على مال وكالقتل (قوله لان المالك في الآدمي ثبت على منافاة الدليل) أي لان الانسان لم يخلق للملك وانما وقع الملك فيه بعارض الكفر أعني أنه وقع جزاء للكفر الأصلي اه (قوله فيجعل كأن المالك فيه باق) بخلاف المبيع فانه قاطع الملك البائع الى غيره لا منسه للمالك في العبد وهذا مانعه المشتري اه (قوله) (٣٦) لتعذر الرد فيهما بالا مالحكمي) أعني الرد امتنع بتعلم الشرع لا بفعل

المشتري اه (قوله وعن أبي حنيفة أنه يرجع) لانه انهاء للملك وهو قول أبي يوسف اه (قوله والكتابة مثل الاعتاق على مال) أي وفيه خلاف أبي يوسف أيضا اه (قوله اذا أبق العبد المبيع) ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان رواه الحسن بن زياد عن أبي حنيفة وروى الحسن بن أبي مالك أنه يرجع الحال اه (قوله وجوابه ما ذكرنا) ولا نسلم أن قتل المولى لا يتعلق به حكم من أحكام الدنيا ألا ترى أنه يجب عليه الكفارة لو كان خطأ اه اتقاني (قوله والقياس أن يرجع بالنقصان وهو قولهما) قال الاتقاني وأخذ الطحاوي في مختصره بقولهما وكذا الخلاف فيما اذا اشترى ثوبا فلبسه فتمزق ثم اطلع على عيب عند البائع فعند أبي حنيفة ليس له الرجوع بنقصان العيب خلافا لهما وأجمعوا أنه لو أتلف الطعام أو الثوب بسبب آخر ليس له حق

رده على البائع حكى لا بفعل من المشتري فلا يمنع الرجوع بالنقصان وأما الاعتاق فالمراد به اعتاق وجود منه قبل العلم بالعيب وان أعتقه بعد العلم به فلا يرجع بالنقصان لان اقدامه على الاعتاق يدل على رضاه به والقياس فيه أن لا يرجع بالنقصان وان كان قبل العلم بالعيب وهو قول الشافعي رحمه الله لان امتناع الرد بفعله فصار كالقتل وجه الاستحسان أن الاعتاق انهاء للملك لان الملك في الآدمي ثبت على منافاة الدليل الى غاية العتق والشيء ينتهي بغير مدته والمنتهى متقرر في نفسه فيجعل كأن المالك فيه باق فتعذر رده ولهذا ثبت الولاء بالعتق وهو من آثار الملك فبقاؤه كبقاء الملك والتدبير والاستيلاء كالاعتاق فتعذر رده فيهما بالا مالحكمي مع بقاء الملك حقيقة ولو أعتقه على مال لم يرجع بشئ لانه جنس بدله وهو جنس المبدل وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يرجع لانه انهاء للملك وان كان بعوض ولان العوض والمعوض ملكه فكان كالعتق بلا عوض والكتابة مثل الاعتاق على مال لحصول العوض فيها كالمبيع وان عجز المكاتب ينبغي أن يرده بالعيب لزال المانع وهذا كما قلنا اذا أبق العبد المبيع ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان لان الرجوع خلف عن الرد فلا يصار الى الخلف مادام حيا لان رجوعه موهوم فيمكن رده فاذا رجع رده لزال المانع ولو اشترى المكاتب أباه أو ابنته ثم اطلع على عيب لا يرده لانه تكتات عليه فلا يمكن من اخراجه عن ملكه ولا يرجع بالنقصان لانه خلف عن الرد ولم يقع اليأس عنه بخلاف التدبير والاستيلاء ولو عجز المكاتب يرده مولاه أو يتولاه العبد لانه هو الذي اشتراه فكان حقه عليه كالمشتري عيبا ثم عجزوا وطلع المولى على العبد عيبا فانه يردوه ويتولاه المكاتب لانه هو العاقد قال (فان أعتقه على مال أو قتله أو كان طعاما فأكله أو بعثه لم يرجع بشئ) أما العتق على مال فقد ذكرناه وأما القتل فلان الرد امتنع بفعله وهو مضمون عليه وانما سقط الضمان عنه باعتبار أنه ملكه فصار منتهجا بهذا الملك من حيث دفع الضمان عن نفسه فصار كأنه سلم اليه الضمان معنى ألا ترى أنه لو لم يكن ملكا له لوجب عليه ضمانه وعن أبي يوسف أنه يرجع بالنقصان لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم ذنبوى فصار كالوعد حلف أنفه فيكون انهاء للملك وجوابه ما ذكرناه وهذا بخلاف ما اذا أصبح الثوب أو فعل فيه نحوه حيث يرجع بالنقصان مع امتناع الرد بفعله لان هناك امتناع الرد بسبب زيادة المبيع لحق الشرع على ما بينا والعين قائم على حاله ولم يحصل له عنه عوض فلم يوجد ما يمنع الرجوع فصار نظير الاستيلاء والتدبير والاعتاق وأما كل الطعام فالمدكور هنا قول أبي حنيفة والقياس أن يرجع بالنقصان وهو قولهما لانه فعل في المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فاشبه الاعتاق وجه الاستحسان أن الرد قد تعذر بفعل مضمون منه وانما سقط الضمان عنه باعتبار أنه ملكه فصار كالاحراق بالنار وقتل العبد وكونه مقصودا لا تأثير له فيه ألا ترى أن المبيع مقصود بالشراء ومع ذلك يمنع منه والاصل في جنس هذه المسائل أن الرد متى امتنع بفعل مضمون من المشتري كالقتل والتفليس من غيره امتنع الرجوع بالنقصان ومتى امتنع لامن جهته أو من جهته بفعل غير مضمون كالهلاك باق فيهما بقاء أو انتقص أو زاد زيادة مانعة من الرد أو الاعتاق أو بواضعه كالتدبير

الرجوع كذا في شرح الطحاوي وجه قولهما أن الاكل تصرف مشرور يقصد المبيع لاجله وكذا اللبس تصرف والاستيلاء مشرور يقصد المبيع لاجله فلا يعتد اتلافه لانه استعمال العين لما يطلب فيه لاصل التخليق فيقع الهلاك على ملكه ولا يكون كالأثر فلا يمنع الرجوع بالنقصان كالاعتاق بخلاف القتل اه وكتب على قوله وهو قولهما مانعه قال في خلاصة الفتاوى والفتاوى على قولهما اه اتقاني (قوله وانما سقط الضمان عنه باعتبار أنه ملكه) فصار كالسنة فبد عوضا اه اتقاني (قوله والتفليس من غيره امتنع) أي ولم يمنع الرد قبل التفليس اه (قوله أو زاد زيادة مانعة من الرد أو الاعتاق) مثال الامتناع من جهته بفعل غير مضمون اه

(قوله فكذا الجواب عنده) أي لا يرجع عنده كالأول كل كاه اه (قوله لانه كشيء واحد فلا يرجع به) أي كاه بهد الواحد تعذر الرد في بعضه بمعنى من قبله مبطل الحق في الكل اه اتفاقاً وعند زفر يرجع بنقصان الباقي لأن الرضا يرضى البائع أن يأخذ الباقي بحصته من الثمن اه غاية (قوله ان لم ينتفع به) أي كاتر ع المرو الأبيض المذراه فتح (قوله وقيل برد القشور يرجع بكل الثمن) هو اختيار صاحب الهداية اه (قوله هذا اذا كسره من غير علمه) لا يظهر وجه هذا (٣٧) التفصيل بعد ما قرر أن البيع باطل والذي يظهر أن التفصيل

والذي يظهر أن التفصيل فيه اذا وجده معيباً ينتفع به فينبغي أن يذكر هناك اه قارئ الهداية اه (قوله لانه لا يخلو عن القليل من الفاسد) أي فصار كقليل التراب في الخنطة والشعر فلا يرجع بشيء أصلاً وفي القياس بقصد وهو ظاهر اه فتح (قوله فقليل باطل عند أبي حنيفة) أي كما لو جمع بين حرو عبد اه (قوله انه أن يرد على بائعه) قال الكمال بمعنى له أن يخاصم الأول ويفعل ما يحب معه إلى أن يرد عليه وقيدته في المبسوط بما اذا ادعى المشتري الثاني العيب عند البائع الأول أما اذا أقام البينة أن العيب كان عند المشتري الأول لم يذكره في الجامع وإنما ذكره في اقرار الاصل فقال ليس للمشتري الأول أن يخاصم مع بائعه بالاجماع لان المشتري الأول لم يصير مكذبا فيما أقربه ولم يوجد هنا قضاء على خلاف ما أقربه فيبقى اقراره بكون الجارية سليمة فلا يثبت له ولاية الرد اه فتح

والاستيلاء لا يمنع من الرجوع بالنقصان وان كل بعض الطعام فكذا الجواب عنده وليس له أن يرد الباقي ولأن يرجع بنقصانه لانه كشيء واحد فلا يرجع به بعضه دون بعض كما اذا باع البعض وعندهما يرجع بنقصان العيب في الكل وليس له أن يرد الباقي لان الطعام كالشيء الواحد فيتعيب بالتبعية وأكل الكل لا يمنع الرجوع فالبيع أولى وعنه ما أنه يرد الباقي ويرجع بنقصان ما أكل لان التبعية لا يضره وان باع بعضه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان لافي المزال عن ما كاه ولا في الباقي لان استناع الرد به وهو مضمون عليه وعند زفر يرجع بنقصان الباقي قال (ولو اشترى بيضا أو قثاء أو جوزا أو وجده فاسداً ينتفع به يرجع بنقصان العيب) لان الكسر عيب حادث الا اذا رضى به البائع لانه أسقط حقه وقال الشافعي رحمه الله اذا كسره منه مقدار ما لا بد منه للعلم بالعيب يرد لان البائع أسقط حقه فكل ما فعله بنفسه قلنا رضى بكسره في ملك المشتري لافي ملك نفسه فيجب رعاية حقه ما بالرجوع بنقصان العيب على ما ينشأ من قبل فصار كالأول باع ثم اطلع على عيب ولو علم بصفته قبل الكسر يرد له لانه كان له (والابن) أي ان لم ينتفع به يرجع بكل الثمن لانه ليس بعمال فكان البيع باطلا قالوا هذا يستقيم في البيض لانه لا قيمة لقشره وكذا في الجوز اذا لم يكن لقشره قيمة وأما اذا كان لقشره قيمة بان كان في موضع يوقد فيه قشره كافي مواضع الزجاجين فتقبل يرجع بحصة اللب ويصح البيع في القشر بحصته لانه مال من يقوم فصار محلا للبيع وقيل يرد القشور ويرجع بكل الثمن لان مالية الجوز باعته باللب دون القشر فاذا لم ينتفع به لبسه فأت محل البيع فكان باطلا وان كان لقشره قيمة هذا اذا ذاقه فتركه فان تناول منه شيئا بعد ما ذاقه فلا يرجع عليه بشيء لانه صار به كالألبعض وينبغي أن يكون على الخلاف الذي ذكرنا في الطعام هذا اذا كسره من غير علمه ولو كسره بعد العلم به لا يرد ولا يرجع بالنقصان لان كسره بعد العلم به دليل الرضا قالوا هذا اذا وجدته خاويا وان كان فيه قليل لب شيء يأكله بعض الفقهاء أو يصلح للعلف فهو من قبل العيب وحكمه ما ذكرناه وقالوا في بيض النعامة اذا وجدته فاسداً بعد الكسر يرجع بنقصان العيب لان ماليتها باعتبار القشر بخلاف غيره مما ذكرنا وان وجد البعض فاسداً وهو قليل جاز البيع استحسانا لانه لا يخلو عن القليل من الفاسد عادة فلا يمكن التحرز عنه وذلك مثل الواحد والاثني من كل مائة فليس له أن يخاصم البائع بسببه وان كان أكثر من ذلك اختلفوا فيه فقليل باطل عند أبي حنيفة وعندهما يجوز بحصة الصحيح منه لانه بمنزلة ما لو فصل عنه لانه ينقسم عنه على أجزائه كالمكيل والموزون لعل قيمة وقبل العقد لا يجوز عند الكل لانه لم يفصل الثمن والأول أصح لهما عرف من قواعدهم قال (ولو باع المبيع فرد عليه بعيب بقضاء يرد على بائعه ولو برضالا) أي لو اشترى شيئا ثم باعه فرد عليه بالعيب له أن يرد على بائعه ان كان رد عليه بقضاء لان الرد بالقضاء فسخ في حق الكل فيكون كأنه لم يبعه وان كان الرد بالتراضي من غير قضاء القاضي لا يرد على بائعه وقيل في عيب لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة يرد للتسقين به عند البيع الأول والاصح أنه لا يرد عليه في الكل لان الفسخ بالتراضي بيع جديد في حق غيرهما اذ لا ولاية لهما على غيرهما

القدير (قوله لا يرد على بائعه) أي وان ثبت أن العيب كان عند البائع الأول اه ولو اخطأ (قوله لان الفسخ بالتراضي بيع جديد في حق غيرهما) أي والبائع الأول نالهما كان المشتري الأول اشتراه من المشتري الثاني ولو اشتراه المشتري الأول من المشتري الثاني لم يكن له أن يرد على الأول فلا خصومة فكذا هذا ولهذا لو كان على المشتري الأول في الدار شفعة فاسقط الشفع حقه فيما باعه ثم رد بعيب بالتراضي تجدد للشفع حق الشفعة كأن المشتري الأول اشترى ناسيا ما باع فلا يجوز له حق الخصومة في الرد ولا في الرجوع بالنقصان وقال الشافعي يرد اذا قبله بلا قضاء لان الرد بالعيب عنده يرفع العقد من أصله نص عليه الشافعي فلم يتفاوت الرد بالرضا والقضاء اه فتح

(قوله وهذا اذا كان الرد) أي بالعيب من المشتري الثاني اه (قوله بعد القبض) أي بعد قبض المشتري الثاني المبيع اه (قوله وان كان قبله فله) أي للمشتري الأول اه (قوله وان كان بالتراضي) أي كالمبيع المشتري الأول للمشتري الثاني بشرط الخيار له أو بعافيه خيار رؤية فانه اذا فسخ المشتري الثاني بحكم الخيار كان للمشتري الأول أن يردده مطلقا وعلمت أن الفسخ بالخيارين لا يتوقف على قضاء اه كمال (فرع) قال الاتفاقى ثم اعلم أن المشتري اذا باع المبيع ثم رد عليه بعيب فان كان ذلك قبل القبض كان له حق الرد على بآئعه فيه فيكون بمنزلة ما اذا لم يبيع سواء كان بقضاء أو بغير قضاء لان الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الاصل في حق الكل فصار ذلك الرد بمنزلة الرد بخيار الشرط أو خيار الرؤية أما اذا قبضه المشتري الثاني ثم (٣٨) رد على المشتري الأول بعيب فعلى وجهين فان قبله بقضاء قاض فله الرد على بآئعه

بمخلاف القاضى لان له ولاية عامة فينفذ قضاؤه على الكل وهذا اذا كان الرد بعد القبض وان كان قبله فله أن يرد على بآئعه وان كان بالتراضي في غير العقار لان بيع المبيع قبل القبض لا يجوز فلا يمكن جعله به لمجديدا في حق غيرهما بخلاف فسخ في حق الكل على ما بينه في الاقالة ان شاء الله تعالى وفي العقار اختلاف المشايخ على قول أي حنيئة والظاهر أنه يبيع جديدا في حق البائع الأول لان العقار يجوز بيعه قبل القبض عنده فليس له أن يرد على بآئعه كانه اشتراه بعد ما باعه وعند محمد فسخ لانه لا يجوز بيعه قبل القبض عنده وعند أي يوسف يبيع في حق الكل على ما عرف من مذهبه ولا فرق بين أن يكون قضاء القاضى بينة أو باقرار أو تنكول لان قضاءه فسخ في الكل وقال محمد لا يرد على بآئعه ان رد عليه بينة لانه أنكر قيام العيب به فيكون اقرارا منه على أنه سليم فلما قد صار مكذبا شرعا فبطل اقراره وقال زفر رحمه الله لا يرد على بآئعه اذا كان القضاء باقرار أو تنكول لان اقراره لا يقبل في حق غيره فلا يكون حجة على بآئعه فلا يصير فسخا في حقه كالفسخ بالتراضي وهذا لان القاضى مضطر الى القضاء من جهته فانتقل الفعل اليه لان فعل المكره منسوب الى المكره فلا ينتقل فعل المكره الى المكره الا فيما يصلح آله كافي القتل فانه يمكنه أن يأخذ موبضربه وأما فيما لا يصلح فلا ينتقل اليه كافي الاكراه على الطلاق والعناق لانه يقعهما بكلامه والمكره لا يصلح أن يكون آله فيه اذ لا يقدر أن يتكلم بلسان غيره والقاضى لا يصلح أن يكون آله فلا ينتقل اليه فان قيل لما باشر سبب الفسخ وهو التنكول أو الاقرار بالعيب كان راضيا باحكم السبب فلا يلزم بآئعه قلنا المسئلة من روضة فيما اذا أقر بالعيب وأبى القبول فردده عليه القاضى جبرا والفسخ لا يثبت باقراره ولا تنكوله بل بقضاء القاضى فينفذ قضاؤه في حق الكافة فكان له أن يرد على بآئعه لانه لما فسخ العقد بينهما عاد اليه قديم ملكه فصار كانه لم يخرجه عن ملكه وهذا بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بالعيب بقضاء القاضى حيث يكون رادا على الموكل لان البيع فيه واحد وقد فسخ والموجود هنا بيعان فبفسخ أحدهما لا يفسخ الآخر فاذا عاد قديم ملكه كان له أن يرد ما ظهر الفسخ في حق الكافة على ما بينا ولا يقال لو كان القضاء فسخا في حق الكافة لبطل حق الشفعيع به في الشفعة ولكن لا يبي البائع أن يدعى ولما لم يبيع المولى عند المشتري قبل الفسخ أو بعده فيما اذا كان المبيع جارية حبلى ولم يطل الحوالة بمنته على المشتري لارتفاع العقد من الاصل فكانه لم يبيع لاننا نقول حكم الفسخ يظهر فيما يستقبل لا فيما مضى وهذه الاحكام وهي ثبوت حق الشفعة وسقوط دعوى الاب وبراءة ذمة الخليل كانت ثابتة قبل الفسخ بالبيع أو بالحوالة فلا تسقط بالفسخ ألا ترى أن الواهب اذا رجع في الهبة كان فسخا في حق ما يستقبل من الاحكام لا في حق ما مضى حتى لا يجب على الواهب زكاة ما مضى من السنين وقال شيخ الاسلام قول القائل بان الرد بالقضاء فسخ للعقد وجعل له كانه لم يكن متناقضا لان العقد

وان قبله بغير قضاء قاض فليس له الرد وذلك لانه اذا قبل بغير قضاء القاضى كان ذلك ردنا باصطلاحهما وتراضيهما فكان ذلك بمنزلة عقد مستأنف واذا قبله بالقضاء باحد الاشياء الثلاثة بالينة أو بالتنكول أو بالاقرار فله أن يرد على البائع الأول لان البيع الثاني انفسخ بفسخ القاضى فصار كأن البيع الثاني لم يوجد أصلا ولكن البيع الأول قائم لم يفسخ بفسخ الثاني فيملك الخصومة اه (قوله ولا فرق بين أن يكون قضاء القاضى بينة أو باقرار) ومعنى القضاء بالاقرار أنه أنكر الاقرار فأثبت بالينة اه هداية وكتب ما نصه قال الاتفاقى وفي قول زفر اذا جحد العيب فردعاه بالينة ليس له أن يرد على الأول كذا ذكر الفقهاء أبو الليث في شرح الجامع اه بغير اه (قوله وقال محمد لا يرد على بآئعه) هكذا ذكر في المجمع أن

هذا قول محمد وذكر شارح الهداية الاكل والقوام الاتقانى أن هذا قول زفر والله أعلم (قوله كان راضيا بحكم السبب) أي فلا فرق اذا بين القضاء والرضا في وجوب كونه بيعا في حق ثالث اه فتح (قوله وهذا) أي المذكور في أول المقالة اه (قوله حيث يكون رداعلى الموكل) هذا اذا كان القضاء بالينة أو بالتنكول وان كان الرد بقضاء باقرار الوكيل وكان عيبا يحدث مثله يلزم الوكيل لكن يبقى له حق الخصومة مع موكله حتى لو أقام بينة أن العيب كان عنده موكله أو عند بآئعه كان له الرد على الموكل وتعمده في الوكيل اه (قوله حتى لا يجب على الواهب زكاة ما مضى من السنين) أي ولا يجعل الموهوب عائدا الى قديم ملك الواهب في حق زكاة ما مضى وكذا الرجل اذا وهب دارا لآخر وسلمها اليه ثم بيعت دار بجنبها ثم رجع الواهب فيها لم يكن الواهب أن يأخذها بالشفعة ولوعاد الموهوب الى قديم ملك الواهب وجعل كأن

الدار لم تزل عن ملك الواهب كان له الاخذ بالشفعة واذا عرف هذا الاصل خرجت المسائل المذكورة عليه أما الشفعة فلان حق الشفيع كان ثابتا قبل الرد وحكم الرد يظهر فيما يستقبل لا فيما مضى وكذا المسئلة الثانية لان الاب انما يصح دعواه باعتبار ولاية كانت له زمان العلوق وهو معنى سابق على الرد وقد بطل قبل الرد فلا يظهر حكم الرد فيما سبق بل يبقى ما كان من عدم ولاية هذه الدعوة وكذا المسئلة الثالثة لان الحوالة كانت ثابتة قبل الرد فلا يظهر حكم الرد في ابطالها اولاً لان صحته بالانتماء الى عند نادى على الحال عليه اه فتح (قوله فلا يصار اليه حتى يتبين حاله) قال الاتقاني فلاجل هذا يؤمر المشتري باقامة البينة أو يستخلف (٣٩) البائع حتى يظهر وجه الحكم فان

استبان وجه الحكم بان قامت البينة أو حلف البائع فنكحل رد المبيع والأجبر المشتري على نقض الثمن اه (قوله ليتعين حق البائع فيه) قال الاتقاني لان دفع الثمن انما يتعين على المشتري اذا تعين المبيع اه (قوله تعين) حق المشتري في المبيع أى ولم يتعين المبيع لأن حق المشتري في التسليم لافي المبيع اه اتقاني (قوله لاحتمال أنه حدث عنده) أى أن أنكر البائع أن العيب كان موجوداً عنده اه (قوله فعلى قول أى يوسف ومحمد يحلفه) أى على العلم لانما عين على غير فعله اه أقطع وكتب مانعه قال الاتقاني رجه الله ثم اعلم أن المشتري لا يثبت له حق الرد بل العيوب ما لم يثبت حصولها عنده فبعد ذلك لا يخفى أحد الأمرين اما أن يقر البائع بحصولها عند المشتري أو ينكره فان أقر بثبت حق الرد للمشتري وان أنكر يقال للمشتري أثبت أولاً أن هذا العيب حصل عندك فان أثبت

اذا جعل كانه لم يكن جعل الفسخ أيضاً كأن لم يكن لان فسخ العقد بدون العقد لا يكون فاذا انعدم العقد من الاصل انعدم الفسخ من الاصل فاذا انعدم الفسخ عاد العقد لانعدام ما يناقيه فيتمكن في هذه الدعوى دور وتناقص من هذا الوجه ولكن يقال يجعل العقد كأن لم يكن في حق المستقبلي دون الماضي قال رحمه الله (ولو قبض المشتري المبيع وادعى عيباً لم يجبر على دفع الثمن ولكن يبرهن أو يحلف بأعنه) أى لم يجبر المشتري على دفع الثمن بعد دعوى العيب لاحتمال أن يكون صادقا فيه فلا يجب عليه دفع الثمن لانه لو أجبر وأخذ منه الثمن فورما ثبت المشتري العيب فيسترد من البائع فيكون اشتغالا بما لا يفيد وفيه نقض القضاء فلا يصار اليه حتى يتبين حاله ولان المشتري منكر وجوب دفع الثمن عليه حيث أنكر تعين حقه بدعوى العيب وكان وجوب دفع الثمن أو لا يتعين حق البائع فيه بازاء تعين حق المشتري في المبيع وقوله ولكن يبرهن أى يقيم البينة لاثبات العيب وكيفية اثباته أن يقيم البينة أولاً لأن العيب الذى يدعيه وجد بالمبيع عنده أى عند المشتري لانه اذا لم يوجد العيب عنده ليس له أن يرد به بالعيب وان كان به عند البائع لاحتمال أنه زال فاذا أقام البينة أنه وجد فيه عنده يحتاج الى اقامة البينة على أن هذا العيب كان به عند البائع لاحتمال أنه حدث عنده فلا يستحق عليه الرد فاذا ثبت أنه كان فيه عند البائع فسخ العقد بينهما بالنسبة في الحالين عنده وعند البائع وصورة التحليف أن يحلف البائع أن هذا العيب لم يكن فيه عنده وذلك بعد اقامة المشتري البينة أنه وجد فيه عنده أى عند المشتري لان البائع لا يتنصب خصماً حتى يقيم المشتري البينة على قيام العيب في الحال على ما بينا ولم يكن للمشتري بينة على وجود العيب عنده وقيامه في الحال هل يحلفه المشتري فعلى قول أى يوسف ومحمد يحلفه لانه لو أقر به لزمه فاذا أنكره يحلف ولان الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البينة فكذلك التحليف عند العجز عنها فاذا حلف برئ وان نكل ثبت قيام العيب للعدال ثم يحلف ثانياً على أن هذا العيب لم يكن فيه عنده فان حلف برئ وان نكل فسخ القاضى العقد بينهما بالنسبة العيب في الحالين على ما بينا في البينة واختلف المشايخ على قول أى حنيفة فقال بعضهم يحلف لما ذكرنا وقال بعضهم لا يحلف وهو الاصح لان الحلف يترتب على دعوى صحيحة ولا تصح الدعوى الا ان خصم ولا يصير خصماً فيه الا بعد قيام العيب عنده ولا يلزم من ترتب البينة ترتب اليمين كافي الحدود والاشياء الستة وهذا لان البينة للالزام فلا يشترط فيها تقدم الدعوى واليمين لقطع الخصومة فلا بد من الدعوى الصحيحة وذلك لقيام العيب فيه لان التحليف شرع لادفع الخصومة المتحققة لا لانتهاج ولو حلف البائع هنا لا تنقطع الخصومة بينهما بل تنشأ لانه اذا نكل ثبت قيام العيب بدفع الحال ثم تنشأ خصومة أخرى فيحلف ثانياً على أنه لم يكن عنده على ما بينا ويرد على هذا مسئلة الشفعة وهى أن الشفيع اذا تقدم الى القاضى يطلب الشفعة فان القاضى سأل المدعى عليه عن التي يشفع بها فان أقر بأنهم ملكه صار خصماً فيسأله هل ابتاع أم لا فان لم يقر ولم يكن للشفيع بينة أنهم ملكه استخلف المشتري ما يعلم أنهم ملكه فان نكل ثبت أنهم ملكه ثم تنشأ خصومة أخرى فان القاضى سأل هل ابتاع أم لا وهذا تحليف لانشاء الخصومة ذكره

بالبينة فقد ثبت له حق الرد ليكون البينة حجة وان لم يكن للمشتري بينة وأراد تحليف البائع فله تحليفه على العلم عند أى يوسف ومحمد لانه تحليف على فعل الغير فيحلف البائع بالله ما تعلم أن هذا العيب عن المشتري ولا يبق ولا يسرق ولا يبال على فراش كذا ذكر في الجامع الكبير قوله ما لم يذكر قول أى حنيفة اه (قوله ثم يحلف ثانياً على أن هذا العيب الخ) فيه ترك النظر للمشتري بل يحلف أنه لم يكن به قط كما ذكره الشارح بعد ذلك في دعوى الاباق هنا اه (قوله ولا يلزم من ترتب البينة ترتب اليمين) قال الاتقاني رجه الله ويحلف بالله له دسائنه اليه يحكم المبيع وما به هذا العيب اه (قوله فيحلف ثانياً على أنه لم يكن عنده) أى ان أنكر قيام العيب قبل البيع اه

(قوله في المتن وان قال شهودي بالشام) أي مثلاً فامهلني حتى أحضرهم أو آتيك بكاب حكلي من قاضي الشام لا يسمع ذلك بل يستخلف البائع ويقضي بدفع الثمن ان حلف اه فتح (قوله استخلف البائع) فيه ايهام اذ لم يذكر على أي شيء يستخلفه أعلى عدم عليه بقيام العيب عند المشتري أو على عدم قيامه عنده أو عليه ما واطاها رآه على الأول لكنه على قولهما اه كذا نقلته من خط شيخنا الشمس الغزي رحمه الله (قوله لان في الانتظار (٤٠) ضرر البائع) أي لانه خرج ملكه عنه ولم يصل عوضه اليه اه اتقاني

القدوري ولم يحذف فيه خلافاً قال (وان قال شهودي بالشام دفع ان حلف بأثمه) أي اذا قال المشتري شهودي بالشام استخلف البائع فان حلف دفع اليه الثمن لان في الانتظار ضرر البائع وليس في دفع الثمن اليه كبير ضرر على المشتري لانه على حجة متى أقام عليه البيعة رد عليه المبيع وأخذ منه الثمن وان نكل البائع لزم العيب لانه حجة فيه بخلاف الحدود حيث لا يكون النكول حجة فيها ولهذا لم يحذف فيها وكيفية التحليف ما بيناه قال رحمه الله (غان ادعى البائع حلف بأثمه حتى يبرهن المشتري أنه أبق عنده فان برهن حلف بالله ما أبق عنده قط) أي اذا ادعى المشتري أن العبد الذي اشتراه أبق فأنكر البائع وأراد المشتري تحليفه لا يحلف البائع حتى يقيم المشتري بيعة أنه أبق عنده نفسه فان أقام البيعة حلف لما ذكرنا أن البائع لم يمتص خصمه حتى يثبت المشتري أن العيب وجد فيه عند المشتري وهذا قول أبي حنيفة وعندهما لم يحلف وقد بيناه اتقا وقوله ما أبق عنده قط فيه ترك النظر للمشتري والاحوط أن يحلف بالله ما أبق قط أو بالله ما يستحق عليك الردم من الوجه الذي ذكره أو بالله لقد سلمه وما به هذا العيب لانه يحتمل أنه باعه وقد كان أبق عند غيره وبه رد عليه وفيما ذكره زهول عنه ولو كان الدعوى في اباك العبد الكبير يحلف بالله ما أبق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الباقي في المصغر يزول بالبلوغ فلا يوجب الرد على ما بيناه من قبل ولا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا العيب لانه قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو يوجب الرد وكذا لا يحلفه بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لانه يوجبهم تعلقه بالشرطين فيتاؤله في اليقين عند قيامه في إحدى الحالتين وهي حالة التسليم وانما كان التحليف على البتات هنا وان كان التحليف على فعل الغير على العلم لان البائع يدعي تسليمه سليماً فيكون مدعي العلم به فيحلف على ما يدعي ألا ترى أن المودع لو قال ان المودع قبض الوديعة يحلف على البتات لادعائه العلم بذلك وان كان القبض فعل غيره وكذا الوكيل لو ادعى أن الموكل قبض الثمن يحلف على البتات لما قلنا وانما يحلف على العلم أن لو ادعى أنه لا علم له به وهذا في العيوب التي لا تظهر للقاضي ولا يعرف أي حادثة عند المشتري أم لا أو أماً العيوب التي لا يحدث مثلها كالاصبع الزائدة أو الناقصة فان القاضي يقضي بالرد من غير تحليف لتيقنه بوجوده عند البائع الا اذا ادعى البائع رضا المشتري به وأثبت به بطريقه فخاصه له أن العيوب أنواع أحدها أن يكون ظاهر الحاكم فحكمه ما ذكرنا والثاني ما لا يعرفه الا اطباء كوجع الكبد والطحال فعرفته اذا أنكر البائع بقول الاطباء فيقبل في قيام العيب الحال وتوجه الخصومة قول واحد منهم عدل ثم لا بد من عداين لاثباته عند البائع فبرد عليه اذ لم يدع الرضا به والثالث عيب لا يعرفه الا النساء كالرتق والعفل فيقبل في قيامه الحال قول امرأه واحدة ثقة ثم ان كان بعد القبض لا يرد بقولهن بل لا بد من تحليف البائع وان كان قبله فذلك عند محمد وعند أبي يوسف يرد بقولهن من غير عيب البائع والرابع عيوب غير ظاهرة للقاضي ولا يختص بعرفتها الاطباء ولا النساء كالاباق ونحوه فحكمها ما ذكرناه قال (والقول في قدر المقبوض القابض) لانه هو المنكر حتى اذا رد المشتري بعيب جارية أو عبد بعد القبض فقال البائع كنت بعتهك معه غيره وقال المشتري بعتهك وحده فالقول قول المشتري لان القول القابض أميناً كان أو ضمناً كان الغاصب لو أنكر الزيادة اتقاني

(قوله وان نكل البائع لزم البائع) قال الاتقاني وان نكل البائع عن العيب لزمه حكم العيب لان النكول حجة في المال لانه بدل أو اقرار فيصحان جميعاً فيه اه (قوله لانه حجة فيه) أي في ثبوت العيب اه (قوله وعندهما يحلف) أي وان لم يقيم المشتري بيعة اد (قوله لانه يوجبهم تعلقه بالشرطين) أي فيكون غرض البائع من هذا اليقين عدم وجود العيب في الحالتين جميعاً اه كذا فاذا اوجده في حالة كان باز لان المعلق بالشرطين انما ينزل عند وجودهما اه (قوله وانما كان التحليف على البتات هنا) قال الاتقاني رحمه الله وان لم يكن للمشتري بيعة على وجود العيب عند البائع يحلف البائع على البتات وهذا اليقين يسمى عين الرد وذلك لانه معنى لو أقر به لزمه ويحلف على البتات لانه تحليف على فعل نفسه وهو تسليمه صحيحاً فان حلف برئ وان نكل رد عليه بالعيب اه (قوله وأثبت به بطريقه) أي بيعة يقيمها أو نكول المشتري اه (قوله والعقل) العفل شيء مدور يخرج بالفرج ولا يكون ولان في الابكار وانما يصيب المرأة بعد ما تلد اه مغرب (قوله ولا يختص بعرفتها الاطباء ولا النساء كالاباق) قال الاتقاني وضع المسئلة في الاباق والحكم في جميع العيوب التي لا تشهد عند الخصومة كذلك نحو السرقة والبول على الفراش والجنون الآن المعاودة في يد المشتري شرط في العيوب الثلاثة والحالة واحدة اه (قوله كالغاصب والمودع) أي لانه أعرف بما قصد ألا ترى أن الغاصب لو أنكر الزيادة في المقبوض كان القول قوله وكذا المودع اذا أنكر الزيادة اتقاني

ولان (قوله والعقل) العفل شيء مدور يخرج بالفرج ولا يكون ولان في الابكار وانما يصيب المرأة بعد ما تلد اه مغرب (قوله ولا يختص بعرفتها الاطباء ولا النساء كالاباق) قال الاتقاني وضع المسئلة في الاباق والحكم في جميع العيوب التي لا تشهد عند الخصومة كذلك نحو السرقة والبول على الفراش والجنون الآن المعاودة في يد المشتري شرط في العيوب الثلاثة والحالة واحدة اه (قوله كالغاصب والمودع) أي لانه أعرف بما قصد ألا ترى أن الغاصب لو أنكر الزيادة في المقبوض كان القول قوله وكذا المودع اذا أنكر الزيادة اتقاني

(قوله ولأن البائع يدعى بقاء بعض الثمن في ذمته الخ) لا يظهر وجه هذا الدليل الثاني (٤١) اذ لا يصح الا فيما اذا كان الاختلاف

قبل قبض الثمن أما اذا كان بعده انعكس الامر اه (قوله وكذا لو اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض) أي كان القول قول المشتري أيضا لما قلنا كما اذا اشترى عبدان أو جاريين واتفقا على مقدار المبيع ولكن اختلفا في المقبوض فقال المشتري قبضت أحدهما لا غير وقال البائع قبضتهما جميعا اه اتفقا (قوله فانه) أي لم يقل أحدان الا امام زفر رحمه الله فيجوز رد أحدهما قبل القبض ويمنعه بعد القبض وانما اختلفت الرواية عنه ففي المبسوط أن زفر لا يجوز رد أحدهما لا قبل القبض ولا بعده وعليه مشي في الهداية وهذا الشارح أيضا في أول كلامه اتفقا في مختلف الرواية أن زفر يجوز رد أحدهما قبل القبض وبعده وعليه مشي في المنظومة وجمع البحرين فثبت لا شك لاحتتمال أن يكون عنه روايتان والله الموفق (قوله وان كان لا ينتفع بأحدهما دون الآخر كزوجي الخ) تقول اشتريت زوجي جام وأنت تعني ذكرا أو أنثى وعندى زوجان قال تعالى من كل زوجين اثنين اه صحاح (قوله اذا لم يثبت الواحدة ليست بمنقومة

ولأن البائع يدعى بقاء بعض الثمن في ذمته وهو حصه الآخر والمشتري يشكره فالقول قول المنكر مع عينه وكذا لو اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض لما بينا قال (ولو اشترى عبدان صفقة فقبض أحدهما ووجد بأحدهما عيبا أخذهما أو ردهما) يعني ليس له أن يأخذ السليم ويرد المعيب بل يأخذهما أو يردهما لأن في أخذ أحدهما تفرق الصفقة قبل التمام لأن الصفقة تتم بقبضهما والتفرق في القبض كالتفرق في القبول لأن القبض له شبه بالعقد لسكونه مفيدا لما لا تصرف ومو كد الملك الرقبة وعن أبي يوسف أنه اذا وجد العيب بالمقبوض له أن يردده وحده لأن الصفقة تمت فيه لتناهيها في حقه قلنا تمام الصفقة تتعلق بقبض المبيع وهو اسم لكله فلا يقبل التجزئ في الاعمال ألا ترى أن حبس المبيع للمعلق بطلانه بقبض الثمن لا يسقط الأقبض كله ويبقى بقاء جزئه فكذلك تمام الصفقة لما يتعلق بقبض المبيع لا يتم بقاء جزئه منه اذ هي لا تقبل التجزئ في هذا المعنى قال (ولو قبض ثمن واحد بأحدهما عيبا رد المبيع وحده) وقال زفر ليس له أن يردده وحده لأن فيه تفرق الصفقة ويتضرر البائع به لأن العادة جرت بضم الجيد إلى الردي فأشبه ما قبل القبض وخيار الشرط والرؤية ولنا أنه تفرق الصفقة بعد التمام لأن الصفقة تتم بالقبض لأن العيب لا يمنع تمام الصفقة فيكون الفسخ بعده ابتداء في ملك المشتري من كل وجه فلا يمنع التفرق فيقتصر على ما وجد فيه علة الرد ألا ترى أنه لو استحق أحدهما بعد القبض لم يتخير في الباقي لتماجه بالقبض وان استحق قبله كان له ذلك كيلا يتفرق عليه الصفقة قبل التمام بخلاف خيار الشرط والرؤية لأن الصفقة لا تتم معهما وان كان بعد القبض لعدم تمام الرضا وتضرر البائع من قبل تدانيسه فلا يعتبر في حق المشتري كذا ذكرنا خلاف زفر في المبسوط وغيره وذكر في المختلف أن له أن يفرق قبل القبض اذا وجد بأحدهما العيب عند زفر كما لو وجد به عيبا بعد القبض فانه يردده خاصة فكذلك قبله وهذا مشكل وفيه تفاوت كبير فانه اذا امتنع التفرق بعد القبض وقد تم العقد فيه كان قبله أولى لأن الصفقة لم تتم هذا اذا كان كل واحد منهما يمكن الانتفاع به على الانفرد وان كان لا ينتفع بأحدهما دون الآخر كزوجي الخ ومصرعي الباب ليس له أن يرد أحدهما دون الآخر وان كان بعد القبض بالاجماع وعلى هذا لو اشترى زوجي ثوب فوجد بأحدهما عيبا بعد القبض فان كان ألف أحدهما الآخر بحيث لا يعمل بدونه لا يملك رد المعيب وحده قال (ولو وجد بيع الكبلي أو الورني عيبا رده كله أو أخذه) يعني اذا كان من نوع واحد لأن المكمل والموزون اذا كان من جنس واحد كشي واحد حكما وتقدرا وان كان أشياء حقيقة لأن المبالغة والتقوم في الكميات والموزونات باعتبار الاجتماع والانضمام اذا لم يثبت الواحدة ليست بمنقومة حتى لا يجوز بيعها فاذا كانت المبالغة باعتبار الاجتماع صار الكل في حق البيع كشي واحد ولهذا يسمى باسم واحد وهو انكر ونحوه وكذا جعل رؤية بعضه كروية كله كالثوب الواحد فاذا كان كالشيء الواحد ليس له أن يأخذ البعض سواء كان قبل القبض أو بعده كالثوب الواحد اذا وجد بعضه عيبا بخلاف العبدان على ما بينا ولا فرق بين ما اذا كان في وعاء واحد أو وعاءين وقيل اذا كان في وعاءين يكون بمنزلة عبدان حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب وحده قال (ولو استحق بعضه لم يخير في رد ما بقي ولو توبوا خير) يعني لو استحق بعض المكمل أو الموزون لم يخير في رد الباقي ولو استحق بعض الثوب خيرا في رد ما بقي لأن الشركة في المكمل والموزون لا تعد عيبا لأن التبعض لا يضرهما والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لأن العقد حق العاقد وتعلمه برضا العاقد لا برضا المالك بخلاف الثوب حيث يثبت له الخيار فيما اذا استحق بعضه لأن التشفيق فيه عيب وقد كان وقت البيع فيه وهذا اذا كان بعد القبض وأما اذا استحق بعض المكمل أو الموزون قبل القبض فله أن يرد ما بقي لتفرق الصفقة على المشتري قبل التمام قال (واللبس والكوب والمداء برضا العيب) لانه دليل استبقائه وامساكه وكذا الاجارة والرهن والكتابة والعرض على البيع والسكنى بخلاف خيار الشرط فان اللبس ونحوه ليس دليل اختياره

(٦ - زبلي رابع) حتى لا يجوز بيعها) أدنى القيمة التي يشترط لجواز البيع فليس ولو كانت كسرة خبز لا يجوز اه فنية

(قوله في المتن أول شراء العلف) الالف (٤٣) واللام يدل عن المضاف اليه أي لشراء علفها أما الركوب لشراء علفها لا يكون

المالك فيه فان الاختيار هناك شرع للاختيار واللبس والركوب مرة يحتاج اليه للاختبار فلو جعل اختيارا
 الاجازة لقان فائدة خيار الشرط وأما خيار العيب فلم يشرع للاختبار وانما شرع للرد ليصل الى رأس ماله
 عند العجز عن الوصول الى الجزء الغائبة فاذا تصرف فيه تصرفا لا يحصل بلامالك جعل ممسكا للوجود
 دليل الامسك والرضا قال (لا الركوب للسقي أو للرد أو لشراء العلف) أي لا يكون الركوب اسقطا
 النساء أو ليردها على البائع أو يشتري لها العلف رضا بالعيب وهذا استحسان لانه يحتاج اليه وقد لا تنقاد
 ولا تنساق فلا يكون دليل الرضا الا اذا ركبها في حاجة نفسه وقيل تأويلهاذا لم يكن له بد من الركوب بان
 كان العلف في عدل واحد ولا تنساق ولا تنقاد وقيل الركوب للرد لا يكون رضا كنهيا كان لانه سبب الرد
 ولغيره يكون رضا الا عن ضرورة قال (ولو قطع المقبوض بسبب عند البائع رده واسترد الثمن) معناه
 لو اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم بها فاقطع عند المشتري له أن رده ويأخذ الثمن وهذا عند أبي حنيفة وقال
 ليس له أن يرد له حدوث العيب عنده وهو القطع غاية الامر أنه قطع بسبب كان عنده لكن القطع غير
 الوجوب فكان عزلة عيب حادث عند المشتري فتعذر الرد وتعين الرجوع بالنقصان كما لو اشترى جارية حبلى
 فماتت في يد المشتري بالولادة فانه يرجع بالنقصان فكذا هذا وهذا لان الموجود في يد البائع سبب القطع
 وأنه لا ينافي المالمية فينقذ البيع قبله لكنه متعيب وقد حدث فيه عند المشتري عيب فيرجع بنقصانه وهو
 ما بين قيمته سابقا الى غير سابق بان يقوم سابقا وغير سابق فيرجع ونقصان ما بينهما من الثمن وعلى هذا
 الخلاف اذا قتل بسبب كان وجود في يد البائع من قتل نفس أو قطع طريق أو ردة لان وجوبه لا ينافي المالمية
 ولهذا يقع البيع صحيحا ولو مات في يد المشتري بغير الثمن عليه ولو تصرف فيه نفذ تصرفه ولا يبي حنيفة
 رحمه الله ان سبب الوجوب وجود في يد البائع والوجوب يفيض الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى
 السبب السابق فصار كما اذا قتل المغصوب بعد الرد بجناية وحدث في يد الغاصب وروى ابن المنذر عن أبي
 حنيفة رحمه الله أنه لو اشترى جارية حبلى فولدت عند المشتري وماتت من الولادة يرجع بجميع الثمن
 ولم يحك فيه خلافا قلنا ان منع ونزول سلم فالسبب الذي كان عند البائع يوجب انفصال الولد لموت الام
 اذا الغالب في الولادة السلامة ولو مات بسبب القطع عند المشتري يرجع بنصف الثمن لان اليد من الأدنى
 نصفه فيجب عليه من بدله بحسابه لانها هي المستحقة بالسرقه والنفس غير مستحقة في يد البائع ألا ترى
 أنهم تحسم ولا تقطع في البرد الشديد ولا في الحر الشديد توقعا عن الهلاك فقبض المشتري لا ينتقض في
 النصف وان سري الى النفس بخلاف ما اذا قتل عبده بسبب يوجب القتل عند البائع لان النفس صارت
 مستحقة في يد البائع فيمنع قبض المشتري ويرجع بالثمن ولو اختار المشتري أن يمسك العبد يرجع
 بنصف الثمن لان القطع بسبب كان عند البائع كالاستحقاق فلا يمنع الرجوع بالثمن عند اختيار الاخذ
 بخلاف العيب على ما بيناه ولو مات بعد القطع حنف أنه يجب أن يرجع بنصف الثمن عنده لانه
 كالاستحقاق على ما بينا ولو سرق عند البائع ثم عند المشتري فقطع بهما يرجع بالنقصان عندهما على
 الوجه الذي بينا وعنده لا يرد بغير رضا البائع للعيب الحادث عنده ولكن يرجع ربع الثمن لان اليد
 قطعت بهما فيرجع بقدر مافات بسبب ما كان في يد البائع وان رضى البائع بأخذه يرجع بثلاثة
 أرباع الثمن ويسقط الربع لانه مافات بسبب كان في يد المشتري ولا يرجع به على أحد ولو تداولته الايدي
 فقطع عند الأخير أو قتل يرجع الباعه بعضهم على بعض عند أبي حنيفة وعندهما يرجع الاخير على
 بائعه بالنقصان ثم هو لا يرجع على بائعه وأصل الخلاف أن القطع أو القتل بسبب كان في يد البائع
 استحقاق عنده وفيه يرجع الباعه بعضهم على بعض حتى ينتهي الى الأول وعندهما عيب فيرجع
 من لم يقوت الرد بالبيع وهو الاخير على بائعه ثم هو لا يرجع على بائعه لانه قوت الرد بالبيع قبل امتناع
 الرد برضاه وثمره الخلاف تظهر في هذا وفيما اذا اشتراه وهو عالم بوجوب القتل أو القطع فانه لا يبطل

رضاه (قوله في المتن واسترد الثمن) أي وان شاء أمسكه
 ورجع بنقصان الثمن كما
 سبب في الشرح وكان
 ذكره هنا أولى اه (قوله معناه
 لو اشترى عبدا قد سرق ولم
 يعلم بها) هذا يستقيم على
 قوله لما أنه عندهما يجري
 مجرى العيب فاذا كان عالما
 لا يرجع على البائع بشئ وقد
 قيل انه في قول أبي حنيفة
 كذلك لان كونه مباح الدم
 أو كونه منسحق القطع عيب
 لا محالة لكنه أجرى مجرى
 الاستحقاق ولا منافاة بين
 الاستحقاق والعيب والعلم
 بالعيب وقت الشراء أو
 وقت القبض يمنع الرجوع
 وقال خراسان في شرح
 الجامع الصغير والصحيح أن
 العلم والجهل سواء لانه من
 قبل الاستحقاق والعلم
 بالاستحقاق لا يمنع الرجوع
 اه (قوله كما لو اشترى
 جارية حبلى) أي وقد دلل
 البائع الحمل اه غاية (قوله
 فيرجع بنقصانه) وهو
 ما بين قيمته سابقا الى غير
 سابق فكذا في أصل محمد
 ابن الحسن وصرح العنابي
 أنه يرجع بنقصان عيب
 السرقة لا بنقصان القطع
 وتعليقه مبسوط في الغاية اه
 (قوله بان يقوم سابقا) أي
 واجب القطع وغير واجبه
 فيرجع عما بينهما اه فرشنا
 ومضى (قوله فصار كما اذا قتل
 المغصوب بعد الرد بجناية

الخ) فان الغاصب يضمن قيمته كما لو قتل في يد الغاصب اه (قوله ولئن سلم الخ) انها واقعية في الرجوع بالنقصان فقط اه حقه

(قوله فانه لا يرجع عنده بشئ لعدم فوات المالبية به) قال في الذخيرة لان بالاعتاق فوات ملك المشتري فلا يتصور انة قاضه بالقتل والقطع اه

باب البيع الفاسد

لمافرغ عن بيان البيع الصحيح بنوعيه الا لازم وغير لازم شرع في بيان البيع الفاسد لان الصحيح هو الاصل لكونه مشروعا واما وصفه قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره جملة ما يفقد به البيع أن يكون المبيع مجهولا أو ثمنه أو يكون محرما أو ثمنه أو يكون في المبيع حق لغير بائعه لا يجوز البائع فسخه أو أن يشترط فيه شرط افقده منفعة لاحد من الناس لا يوجبها العقد أو يكون المبيع مما تعذر تسليمه أو يكون في المبيع عرض أو في ثمنه فالبيع فاسد في ذلك كله وكذلك بيع ماليس عند الانسان أو بيع ما يقبضه البائع وكذلك أن يبيع دينافي ذمة غير المشتري أو يشتري به من غير من هو في ذمته وكذلك صفقتان في صفقة (٤٣) وشرطين في بيع وكذلك بيع الاوصاف

والاتباع من الحيوان وما لا يتبع من غير الحيوان الا بضروا ن تبعض من غير الحيوان بغير ضرر رجا بيعه ولا يجوز أن يبيع بثن ثم يشتره بأقل مما باعه قبل أن يقبض الثمن الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله والمراد من الجهالة في المبيع أو الثمن جهالة مفوضية الى المنازعة المفوضية الى التسليم والتسلم بخلاف ما اذا لم يتنع التسليم حيث يصح العقد كجهالة كميل الصبرة وعدد الثياب المعينة وأما كون المبيع أو ثمنه محرما فهو كالبيع بالخمر أو الخنزير أو بيعهما وسيجيء بيان ذلك وأما كون المبيع حقا لغير البائع فكالمرهون والمستأجر وقد اختلفت الروايات في ذلك قال في موضع فاسد

حقه عنده لأن العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع وعندهما يبطل حقه لان العلم بالعيب رضاه وفيما اذا اعتقه المشتري ثم قتل أو قطعت يده فانه لا يرجع عنده بشئ لعدم فوات المالبية به وعندهما يرجع بالنقصان على ما ينه من قبل ولا يقال ينتقض قول أبي حنيفة عما اذا اشتري عبد امرىضا ومات عنده وما اذا قطع عند البائع ثم باعه ومات عند المشتري به وما اذا زنى عند البائع ثم باعه وجملة عند المشتري فوات به حيث لا يرجع في هذه المواضع الا بالنقصان عنده مثل قولهما وان مات بسبب كان عند البائع لا تافول المريض والمقطوع عند البائع ما تزايد الا لام وتزادها عند المشتري وهي لم توجد عند البائع وزنا العبد بوجوب الجلد والقتل غيره فلا يؤخذ البائع بما لم يكن عنده بخلاف ما تقدم قال (ولو برئ من كل عيب صح وان لم يسم الكلى ولا رد بيع) وقال الشافعي رحمه الله لا يصح الآن بعد العيوب وفي جواز البيع بهذا الشرط له قولان وعدم صحة البراءة من كل عيب عنده بناء على أن البراءة من الحقوق المجهولة لا يصح عنده لان في البراءة معنى التملك حتى يرتد بالرد ولا يصح تعليقه بالشرط وتعليلك المجهول لا يصح كبيعته ونحن نقول هذه الجهالة لا تقضي الى المنازعة فلا تنفع الصحة وكان ابن أبي ليلى يقول لا تصح البراءة من العيب مع التسمية ما لم يره المشتري وقد جرت بينه وبين أبي حنيفة في مجلس أبي جعفر الدوانيقي مناظرة فقال له أبو حنيفة ألا ترى أنه لو باع جارية في موضع المأني منها عيب أو غلاما في ذكره عيب أو كان يجب على البائع أن يرى المشتري ذلك الموضع منها أو منه ولم يزل يعمل به هكذا حتى أخفمه وضحك الخليفة وقال محمد رحمه الله لا يدخل فيه العيب الحادث قبل القبض وهو قول زفر لان البراءة تتناول الثابت قلنا الغرض فيه الزام العقد باسقاط حقه عن صفقة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث وهذا لأنه لاحق له قبل البائع وقت البيع لئلا يملكه أو ليبرئه بل هذا بيان لانحداد العقد على وجه لا يوجب استحقاق السلامة والعقد قابل لذلك كما لو اشترى معيبا وهو يعلم وهذا بناء على أنه لو باعه بشرط البراءة من كل عيب يحدث به بعد البيع قبل القبض لا يصح عند محمد رحمه الله لأنه قبل وجود سببه كالبراءة عن كل حق قبله فانه يدخل فيه الحق القائم لا غير وعند أبي يوسف يصح لان غرضهم ايجاد العقد على وجه لا يستحق فيه سلامة المبيع عن العيب فالشرط البراءة من كل عيب به لم ينصرف الى الحادث في قولهم جميعا لأنه خص الموجود وقت العقد بالبراءة

باب البيع الفاسد

وقال في موضع موقوف فنأصحبنا من جعل في المسئلة روايتين ومنهم من قال بأن البيع موقوف وقوله فاسد معناه لاحكامه فكان فاسدا في حق الحكم وهذا هو الصحيح كذا في الايضاح تفسير اشتراط المنفعة لاحد من الناس لا يوجبها العقد كاشتراط المنفعة للبائع كما اذا قال علي أن أهبل لك وأقرض لك وكاشتراطها المشتري نحو ان قال اشتريت على أن تقرضني وكاشتراطها للعقد عليه كما اذا قال علي أن تعقده أو تدبره وكاشتراطها للانسان آخر نحو ان قال أن تقرض فلانا والاصل فيه ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشروط أما اذا كان شرطه بقبضه العقد لا يفقد به العقد كاشتراط جنس المبيع ومن جملة ما لا يقدر على تسليمه بيع الزهن على احدى الروايتين وبيع الطير الذي طار من يده وكذلك بيع الآبق وكذلك اذا تمكّن الغرر في المبيع أو الثمن كبيع السمك في الماء فان كان أخذ منه فأنقاه في الماء فهو بيع الغرر المجزؤه عن التسليم وان كان لم يأخذه فهو بيع ماليس بمألوله وكذا بيع ماليس عند الانسان لقوله عليه الصلاة والسلام لا بيع ماليس عنده وكذا بيع مال يقبضه البائع لو ردد اليه عن ذلك وكذلك بيع الدين من غير من هو عليه لأنه

عاجز عن تسليم مافي ذمة الغير ويجوز بيعه ممن هو عليه وهو كبيع المغصوب يصح من الغاصب ولا يصح من غيره اذا كان الغاصب منكرا ولا يثبت عليه لان البائع عاجز عن التسليم وكذلك الصفقة ان في صفقة نخوان قال أبيعك هذا على أن تبغني هذا لانه منهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقة وعن بيعين في بيع وصورته أن يقول بعتك هذا بقبضين حنطة أو بقبضين شعيرا وهذا بيعان في بيع واحد وكذلك منهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شرطين في بيع كما اذا قال ان أعطيتني الثمن حالا فبكذا وان كان مؤجلا فبكذا وكذلك بيع الاوصاف من الحيوان كبيع الالية من الشاة الحمية لانها حرام قبل الذبح واجباب الذبح على البائع ضرره وكذا بيع الاتباع كبيع نتاج الفرس والابن في الضرع للنهي عن بيع الحبة وحبل الحبة وفي الابن غرر فيحتمل انه انما تفاخ وكذا بيع ما لا يتبع من غير الحيوان الا بضر كبيع ذراع من ثوب لان الضرر من ثوب شرعا وان لم يكن فيه ضرر جاز كبيع قبض من صبرة وكبيع عشرة دراهم وشرا ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن فيه خلاف الشافعي وسيجيء بيانه ثم اعلم أن مصنف القدر يرى رحمه الله لقب الباب بالفساد وان ابتداء بالبيع الباطل بقوله كبيع بالميتة والدم لان الفساد اعم من الباطل لان كل باطل فاسد ولا ينعكس وهذا لان الباطل مضمحل الاصل والوصف جميعا والفساد مضمحل الوصف دون الاصل كالجواهر اذا تغير واصغر يقال فسد واذا لم يبق صالحا لشيء يقال بطل قاله الاتفاق رحمه الله قال الكمال رحمه الله ثم وجه تقديم الصحيح على الفساد انه الموصل الى تمام المقصود فان المقصود سلامة الدين التي شرعت اهل العقود ليدفع التغلب والوصول الى الحاجة الدنيوية وكل منهما بالصححة وأما الفساد فمخالف للدين ثم ان أقاد الملك وهو مقصود في الجملة لكن لا يفيد تمامه (٤٤) اذ لم ينقطع به حق البائع من المبيع ولا المشتري من الثمن اذ لكل منهما الفسخ

البيع على أربعة أقسام صحيح وهو المشروع بأصله ووصفه ويفيد الحكم بنفسه اذا خلا عن الموانع وباطل وهو غير مشروع أصلا وفساد وهو مشروع بأصله دون وصفه وهو يفيد الحكم اذا اتصل به القبض وموقوف وهو يفيد الحكم على سبيل التوقف وامتنع تمامه لاجل غيره وهو بيع ملائذ الغير قال رحمه الله (لم يجز بيع الميتة والدم والخنزير والخنزير والحمى والولد والمكاتب) لعدم ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال وبيع هذه الاشياء باطل لما ذكرنا قال (فلو هلك عند المشتري لم يضمن) لان العقد في الباطل غير معتبر في قبض باذن المالك وقيل يضمن لانه لا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وقيل الاول قول أبي حنيفة والثاني قولهما والاصل فيه أن بيع ما ليس بمال عند أحد كالخنزير والدم والميتة التي ماتت حنف أفتها والمذبر وأم الولد والمكاتب باطل وان كان مالا عند البعض كالخنزير والميتة التي لم تمت حنف أفتها مثل الموقوفة فان هذه الاشياء مال عند أهل الذمة فان بيعت بدين في الذمة فهو باطل وان بيعت بعين فهو فاسد في حق ما يقابلها حتى يملك ويضمن بالقبض باطل في حق نفسها حتى لا يضمن ولا يملك بالقبض لانها غير متقومة لما أن الشرع أمر باهانتها وفي تملكها بالعقد مقصود اعزاز لها فكان باطلا وذلك بأن يشتريه بدين في الذمة لان الثمن من الدراهم والدنانير غير

بل يجب عليه ثم افظ الفاسد في قوله باب البيع الفاسد وفي قوله اذا كان العوضان أو كلاهما محرما فالبيع فاسد مستعمل في الاعم من الفساد والباطل فالشارحون على أن ذلك الفساد اعم من الباطل لان الفساد غير المشروع بوصفه بل بأصله والباطل غير المشروع بواحد منهما ولا شك أنه يصدق على غير المشروع بواحد منهما انه

غير مشروع بوصفه وهذا يقتضي انه يقال حقيقة على الباطل لكن الذي يقتضيه كلام الفقه والاصول مقصودة أنه يبينه فانهم قالوا ان حكم الفساد اذا فاد الملك بضره والباطل لا يفيد أصلا فلا يقابلونه وأعطوه حكما يبين حكمه وهو دايمل تبانهم بتبانيهم ما أو يضافه أو أخوذ في منهومه أو لازم انه مشروع بأصله لا بوصفه وفي الباطل غير مشروع بأصله فيمنهما تبان فان المشروع بأصله وغير المشروع متباينان فكيف يتصادقان اللهم الا أن يكون لفظ الفساد مشتركا بين الاخص والمشروع بأصله لا بوصفه في العرف لكن نجهل مجازا عرفيا في الاعم لانه خير من الاشتراك وهو حقيقة فيه باعتبار المعنى اللغوي ولهذا وجه بعضهم الاعية بأنه يقال للحم اذا صار بحيث لا ينتفع به للدود والسوس بطل اللحم واذا أنتن وهو بحيث ينتفع به فسد اللحم فاعتبر معنى اللغة ولذا أدخله بعضهم أيضا في البيع الفساد لشموله المكر ولانه فائت وصف الكمال بسبب وصف مجاوره اه (قوله في المستن لم يجز بيع الميتة الخ) قال الاتفاق فأما البيع بالميتة والدم باطل وكذلك بيع الحر وذلك لانعدام حقيقة البيع لانها مبادلة المال بالمال على التراضي وهذه الاشياء ليست بمال عند أحد من لذين سماوى فيبطل البيع ولا يفيد الحكم بخلاف البيع بالخنزير فانه فاسد لا باطل ويفيد الحكم اذا اتصل به القبض باذن البائع صريحا أو دلاله بأن يقبضه المشتري عقيب البيع ولا ينهيه البائع وهذا لان الخنزير مال متقوم عند أهل الذمة ولكن الشرع أسقط التقويم بدليل حل الانلاف بالاضمان فن حيث انه مال ضلع غدا ومن حيث انه ليس بمتقوم لم يصلح غدا فكان مشروعاً بأصله غير مشروع بوصفه وهو الفساد لم يكتب المحشي (قوله حتى يملك) أي فلو كان المشتري ماعبدا فمقتقه المشتري نفذ عتقه

(قوله بأن كانت ديناً في الذمة) أي الخراج إذا لم يصح الأقبالان غيرها لا يثبت في الذمة (٤٥) اهـ (قوله وسبب الجزية أنه قد ائتمن) كأنه

مقصودة وانما هي وسائل والمقصود تحصيلها فكان باطلا اهانة لها وان لم تكن مقصودة بأن كانت ديناً في الذمة كان فاسداً لأن المقصود تحصيل ما يعلق بها وفيه عزاً لالهالان الثمن تبع لما ذكرنا والاصل هو المبيع وكذا إذا كانت معينة وبيعت بعين مقايضة صار فاسداً في حق ما يعلق بها باطلا في حقهما وجدد الميتة كالجوز فماد كره صاحب المحيط لأنه مرغوب فيه بين الناس فصار ما لا من وجه كالجوز ونحوها وجه له البرزوي كالميتة لأنه جزء منها وجعل صاحب الهداية وغيره يبيع أم الولد والمدير والمكاتب من الباطل لأن استحقاق العتق قد ثبت لام الولد بقوله عليه السلام أعتقها ولها وسبب الجزية أنه قد في حق المدير المطلق في الحال لبطلان أهلية المولى بعد موته والمكاتب استحق يد على نفسه وخروج من يد المولى ولو ثبت فيه الملك باطل ذلك كله ولو يبيع المكاتب برضاه صح في الظاهر وتنفخ الكتابة اقتضاء لانها تقبل له بخلاف المدير وأم الولد وقال في الايضاح إذا كان أحد البديين مديراً أو مكاتباً وأم ولد ملك بالقبض لأن الملك قائم بالحل وانما لا يصح البيع لحقه في نفسه فاعتبر كره في حق ما يقبله فاعتقد العتق وهذا هو الصواب لانهم يدخلون في العقد حتى لا يبطل البيع فيما ضم الي واحد منهم وبيع معه ولو كان كالجوز لبطل ويؤثر ما ذكره صاحب الهداية على أنه باطل في حق نفسه لا في حق ما يقبله ولو مات المدير وأم الولد في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أي حنيفة وقال عليه قيمتهما لانهما مقبوضان بجهة البيع وهما مال حقيقة ولهذا اعلمت ما ضم اليه ما في البيع فيضمنان به ضرورة كسائر الاموال بخلاف المكاتب لأنه في يد نفسه فلا يتحقق فيه القبض وهذا الضمان يجب به وله أن شبهة البيع انما تلحق بحقيقة في محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس دخولهما في البيع في حق أنفسهما بل اثبت حكم البيع فيما ضم اليهما كالمشتري لا يدخل فيه وحده ويدخل في حق ما ضم اليه وقيل لا يدخل ويفسد البيع وبه كان يفتي ظهير الدين والاول أصح لان دخوله فيه في حق ما ضم اليه حتى ينقسم الثمن عليهما لا غير وروى المولى عن أبي حنيفة أنه يضمن قيمة المدير دون أم الولد كما في الغصب والفرق له على الظاهر أن جهة البيع هي المعتبرة هنا فاذا بطلت لعدم محله بقي القبض باذن مالكه فلا يجب الضمان بخلاف الغصب قال (والملك قبل الصيد) أي لا يجوز بيع السمك قبل الاصطياد لما روى أنه عليه السلام نهى عن بيع الغرر رواه أحمد ومسلم وأبو داود وغيرهم وعن ابن مسعود أنه عليه السلام قال لا تشترى السمك في الماء فنهى عن غرر ورواه أحمد ولأنه باع ما لم يملك فلا يجوز شراؤه على وجهين فاما أن يبيعه قبل أن يأخذه أو بعده فإن باعه قبل الأخذ لا يجوز لما بينا وان أخذه ثم ألقاه في الخطيرة فإن كانت الخطيرة كبيرة بحيث لا يمكن أخذه إلا بحيلة لا يجوز لأنه باع ما لا يقدر على تسليمه فلو سلمه بعد ذلك ينبغي أن يكون على الروايتين اللتين في بيعه لا يبيعه على أنه باطل أو فاسد وان كانت صغيرة بحيث يمكن أخذه بغير حيلة جاز لأنه باع ملكه وهو مقدور التسليم ويثبت له شترى خيار الرؤية عند التسليم ولا يعتبر برؤيته وهو في الماء لان السمك يتفاوت في الماء وخارجيه وكذا لو دخل السمك الخطيرة باحتياله بأن سد عليه فوهة النهر أو سد موضع الدخول حتى لا يمكنه الخروج على هذا التفصيل لأنه لما اجتمع فيه باحتياله صار أخذه له وملكه بمنزلة مالوا ألقاه فيه وقيل لا يجوز لأن هذا القدر ليس باحتياله فصارت كطير دخل البيت فأعلق عليه الباب وهذا الخلاف فيما إذا لم يبيح الخطيرة للاصطياد فانها أهالة ملكه بالاجماع فيكون على ما ذكرنا من التفصيل فان اجتمع السمك في الخطيرة بنفسه من غير صنعه ولم يسد عليه المسلخ لا يجوز بيعه سواء أمكنه الأخذ بغير حيلة أو لا لأنه لم يملكه قال (والطير في الهواء) لأنه غير مملوك له قبل الأخذ وبعده غير مقدور التسليم وهذا إذا كان يطير ولا يرجع وان كان له وكرهه يطير منه في الهواء ثم يعود إليه جاز بيعه لأنه يمكن أخذه من غير حيلة وعلى هذا لو باع صيداً قبل أخذه لا يجوز

مقصودة وانما هي وسائل والمقصود تحصيلها فكان باطلا اهانة لها وان لم تكن مقصودة بأن كانت ديناً في الذمة كان فاسداً لأن المقصود تحصيل ما يعلق بها وفيه عزاً لالهالان الثمن تبع لما ذكرنا والاصل هو المبيع وكذا إذا كانت معينة وبيعت بعين مقايضة صار فاسداً في حق ما يعلق بها باطلا في حقهما وجدد الميتة كالجوز فماد كره صاحب المحيط لأنه مرغوب فيه بين الناس فصار ما لا من وجه كالجوز ونحوها وجه له البرزوي كالميتة لأنه جزء منها وجعل صاحب الهداية وغيره يبيع أم الولد والمدير والمكاتب من الباطل لأن استحقاق العتق قد ثبت لام الولد بقوله عليه السلام أعتقها ولها وسبب الجزية أنه قد في حق المدير المطلق في الحال لبطلان أهلية المولى بعد موته والمكاتب استحق يد على نفسه وخروج من يد المولى ولو ثبت فيه الملك باطل ذلك كله ولو يبيع المكاتب برضاه صح في الظاهر وتنفخ الكتابة اقتضاء لانها تقبل له بخلاف المدير وأم الولد وقال في الايضاح إذا كان أحد البديين مديراً أو مكاتباً وأم ولد ملك بالقبض لأن الملك قائم بالحل وانما لا يصح البيع لحقه في نفسه فاعتبر كره في حق ما يقبله فاعتقد العتق وهذا هو الصواب لانهم يدخلون في العقد حتى لا يبطل البيع فيما ضم الي واحد منهم وبيع معه ولو كان كالجوز لبطل ويؤثر ما ذكره صاحب الهداية على أنه باطل في حق نفسه لا في حق ما يقبله ولو مات المدير وأم الولد في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أي حنيفة وقال عليه قيمتهما لانهما مقبوضان بجهة البيع وهما مال حقيقة ولهذا اعلمت ما ضم اليه ما في البيع فيضمنان به ضرورة كسائر الاموال بخلاف المكاتب لأنه في يد نفسه فلا يتحقق فيه القبض وهذا الضمان يجب به وله أن شبهة البيع انما تلحق بحقيقة في محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس دخولهما في البيع في حق أنفسهما بل اثبت حكم البيع فيما ضم اليهما كالمشتري لا يدخل فيه وحده ويدخل في حق ما ضم اليه وقيل لا يدخل ويفسد البيع وبه كان يفتي ظهير الدين والاول أصح لان دخوله فيه في حق ما ضم اليه حتى ينقسم الثمن عليهما لا غير وروى المولى عن أبي حنيفة أنه يضمن قيمة المدير دون أم الولد كما في الغصب والفرق له على الظاهر أن جهة البيع هي المعتبرة هنا فاذا بطلت لعدم محله بقي القبض باذن مالكه فلا يجب الضمان بخلاف الغصب قال (والملك قبل الصيد) أي لا يجوز بيع السمك قبل الاصطياد لما روى أنه عليه السلام نهى عن بيع الغرر رواه أحمد ومسلم وأبو داود وغيرهم وعن ابن مسعود أنه عليه السلام قال لا تشترى السمك في الماء فنهى عن غرر ورواه أحمد ولأنه باع ما لم يملك فلا يجوز شراؤه على وجهين فاما أن يبيعه قبل أن يأخذه أو بعده فإن باعه قبل الأخذ لا يجوز لما بينا وان أخذه ثم ألقاه في الخطيرة فإن كانت الخطيرة كبيرة بحيث لا يمكن أخذه إلا بحيلة لا يجوز لأنه باع ما لا يقدر على تسليمه فلو سلمه بعد ذلك ينبغي أن يكون على الروايتين اللتين في بيعه لا يبيعه على أنه باطل أو فاسد وان كانت صغيرة بحيث يمكن أخذه بغير حيلة جاز لأنه باع ملكه وهو مقدور التسليم ويثبت له شترى خيار الرؤية عند التسليم ولا يعتبر برؤيته وهو في الماء لان السمك يتفاوت في الماء وخارجيه وكذا لو دخل السمك الخطيرة باحتياله بأن سد عليه فوهة النهر أو سد موضع الدخول حتى لا يمكنه الخروج على هذا التفصيل لأنه لما اجتمع فيه باحتياله صار أخذه له وملكه بمنزلة مالوا ألقاه فيه وقيل لا يجوز لأن هذا القدر ليس باحتياله فصارت كطير دخل البيت فأعلق عليه الباب وهذا الخلاف فيما إذا لم يبيح الخطيرة للاصطياد فانها أهالة ملكه بالاجماع فيكون على ما ذكرنا من التفصيل فان اجتمع السمك في الخطيرة بنفسه من غير صنعه ولم يسد عليه المسلخ لا يجوز بيعه سواء أمكنه الأخذ بغير حيلة أو لا لأنه لم يملكه قال (والطير في الهواء) لأنه غير مملوك له قبل الأخذ وبعده غير مقدور التسليم وهذا إذا كان يطير ولا يرجع وان كان له وكرهه يطير منه في الهواء ثم يعود إليه جاز بيعه لأنه يمكن أخذه من غير حيلة وعلى هذا لو باع صيداً قبل أخذه لا يجوز

الخ) قال الاتقاني أما إذا اجتمعت بنفسها من غير احتيال لاخذها فالبيع باطل لعدم الملك وان لم يستطع الخروج كما إذا فرخ الصيد في أرضه من غير أن يتخذ له مكاناً فإذا اتخذ له مكاناً كان ملكاً للصاحب الأرض اهـ

(قوله في المتن والجل والنتاج) قال الاتفاقى رحمه الله عند قوله في الهداية ولا يبيع الجمل والنتاج وإنما بطل هذا النوع من البيع لمعنى الغرر لأنه لا يدري هل تنتج تلك الناقة أم لا تنتج ان بقيت فربما هلكت قبل أن تنتج وتلد اه (قوله فيختلط المبيع بغير المبيع) أي بحيث لا يمتاز عنه فلا يجوز وكذا (٤٦) اذا باع دقيقا في هذه الخنطة أوز يتافى هذا الزيتون أو ذهنا في السمسم

وبعد مجوز ان كان في يده أو محبوسا في مكان يمكنه أخذه من غير حيلة وان لم يمكن أخذه إلا بحيلة لا يجوز لعدم القدرة على التسليم ولو أخذه وسلمه يتبني أن يكون فيه روايتان على نحو ما ذكر في الآتي ولواجب في أرضه الصيد فباعه من غير أخذه لا يجوز لأنه لم يملكه ولهذا لو باض فيها بيضا أو تنكس الصيدا أو تنكس يكون لمن أخذه لعدم ملكه إياه بخلاف ما اذا غسل فيه الخمل حيث يملكه لأن الغسل قائم بأرضه على وجه القرار كالاشجار وهذا واجب في الغسل العشر اذا كان في أرض العشر كالثمار وهذا اذا لم يهي أرضه لذلك فان هبأهاله بأن حفر فيها بئر الا اصطيدا أو نصب شبكة فدخل فيه صيدا أو تعقل به مملكة لان التهيئة أحد أسباب الملك الا ترى أنه لو حط طستة يقع فيه المطر فوقه فيه مملكة بالوقوع فيه وكذا لو بسط ذيله عند النشار يقع فيه الشيء المنثور مملكة بالوقوع فيه وفي النهاية لو دخل الصيد داره فغلق عليه الباب كان الصيد له ولم يبحث فيه خلافا وعلى قياس ما ذكره في الكافي في الطير لا يكون له وقد ذكرناه من قبل ويجوز أن يكون في المسئلة روايتان والافلا فرق بينهما قال (والجل والنتاج) فالجمل ما كان في البطن والنتاج ما يحمله هذا الجمل انتهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع جبل الجبله واهم مسلم وأحمد وأبو داود وجبل الجبله أن تنتج الناقة ما في بطنها ثم تجبل التي تجب رواه أبو داود ونسب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شراء ما في بطون الانعام حتى تضع وعن بيع ما في ضرعها الا بكيل وعن شراء العبد وهو أبق وعن شراء المغنم حتى تقسم وعن شراء الصدقات حتى تقبض وعن ضربة القناص رواه أحمد وابن ماجه والترمذي ولان فيه غررا وقد نهى عليه السلام عن بيع الغرر على ما بينا والغرر ما يكون مجهول العاقبة لا يدري أن يكون أم لا والجبله هو الجبل وهو مصدر تسمى به الجنتين كما سمى بالجمل وهو مصدر وانما دخلت عليه التاء لاشعار بالاثوثة فيه لان معناه أن يبيع ما سيحمله الجنتين ان كان أنثى وكافوا في الجاهلية يتابعون ذلك فنهى عنهم عليه السلام قال (والابن في الضرع) لما روينا ولما روى أنه عليه السلام نهى أن يباع غرر حتى يطعم وصوف على ظهره ولين في ضرع ومن في ابن رواه الدارقطني ولانه يدر ساعة فساعة فيختلط المبيع بغير المبيع ولا تهم بختل فون في كيفية الحلب فيؤدى الى النزاع ولا نهى عن أن يكون انتقالا من الرمح وليس فيه ابن قال (والأولوى الصدق) لان فيه غررا وقد نهى عنه عليه السلام الا ترى أنه مجهول لا يعلم وجوده فيه ولا قدره ولا انه لا يمكن تسليمه الا بضرب وهو كسر الصدق وعن أبي يوسف أنه يجوز بيعه لان الصدق لا ينتفع به الا بالكسر فلا يضره ضرر اقلنا وهو مجهول بخلاف ما اذا باع تراب الذهب والحبوب في غلافها حيث يجوز أن تكونها معلومة ويمكن تجربتها ببعض أيضا قال (والصوف على ظهر الغنم لما روينا) ولانه قبل الجز ليس على متقوم في نفسه لانه بمنزلة وصف الحيوان لقيامه به كسائر أطرافه ولانه يزيد من أسفل فيختلط المبيع بغيره كما قلنا في البن بخلاف القوائم لانها تزيد من أعلاها ويعرف ذلك بالخطاب وبخلاف القصير لانه يقلع والصوف يقطع فيمتازان في موضعه وعن أبي يوسف أنه يجوز بيعه لانه مال متقوم ينتفع به مقدور التسليم كسائر الاموال بخلاف أطراف الحيوان لانه لا يمكن الانتفاع بها الا بعد الذبح فصار ماله اللحم فيها متعلقا بفعل شرعى ولم يوجد قبله وكونه مقطوعا لا تأثيره كافي الكراوات وقوائم الخراف والحمة عليه ما روينا وما يتنام المعنى والتعليل بعقوبة النص مردود وانما أجاز في الكراوات وقوائم الخراف للتعامل اذا نص فيه فلا يلحق به المنصوص عليه قال (والجذع في السقف وذراع من ثوب) لانه

أو عصيرا في العنب أو سمنا في اللبن ونحو ذلك اه اتقاني (قوله فيؤدى الى النزاع) أي فلا يجوز البيع لادائه الى قلب الموضوع لان وضع الاسباب لقطع المنازعات فاذا أفضى البيع الى ذلك لم يمتز ما قلنا اه اتقاني (قوله في المتن والأولوى في الصدق) أي ولو اشترى لأولوى في صدق قال أبو يوسف يجوز البيع وله الخيار اذا رأى وقال محمد لا يجوز وعليه الفتوى اه قاضيان في فتاواه في البيع الفاسد (قوله لانه بمنزلة وصف الحيوان) أي لانه تبع للحيوان فلما كان تبعا لم يجوز جعله مقصودا بزيادة العقد عليه اه اتقاني (قوله بخلاف القوائم لانها تزيد من أعلاها) أي وكل ما يزداد منها يزداد على ملك المشتري فلا يختلط المبيع بغيره اه اتقاني (قوله وانما أجاز في الكراوات) أي وان كان يعمون أسفل اه اتقاني (قوله في المتن والجذع في السقف) قال في الهداية ولو لم يكن متعينا لا يجوز لما ذكرنا والجهة اه أيضا قال الاتفاقى

يعنى هذا الذي ذكرناه من عدم جواز بيع جذع من سقف فيما اذا كان الجذع متعينا أما اذا لم يكن الجذع متعينا فلا يجوز البيع للمعنيين أحدهما ما ذكرناه في الجذع المتعين وهو أنه لا يمكن تسليمه الا بضرب وهو المراد بقوله لما ذكرناه والمعنى الثاني الجهالة لانه غير متعين اه

(قوله ولا يقال هو بنفسه التزم الضرر) قال نخر الاسلام البرزوي في شرح الجامع الصغير ولا يلزم انه رضى لان ذلك لا يلزم فله ان يرجع عن ذلك فيبطل البيع الآن يقطعه انقا فافسله قبل نقض البيع فينقلب البيع صحيحا قال في شرح الطحاوي ولو باع جذعا من سقف أو أجرة من حائط أو ذراعا من كرباس أو من ديباج فلا يجوز بيعه لاجل المضرة اه اتقاني (قوله ولو قطع البائع الجذع أو قطع الثوب وسلمه عاد صحيحا) أي ويجبر المشتري على الاخذ اه اتقاني (قوله وبخلاف ما اذا باع بذرا في بطيخ ونحوه) قال في الفتاوى الولوالجية رجل باع النواة في التمر فالبيع فاسد لانه لا يمكن نزعه الا بضرر. وأما اذا باع حب هذا القطن فالبيع جائز هكذا اختار الفقيه أبو الليث لانه لا ضرر في نزعه اه اتقاني (قوله وان شقه الخ) قال الاتقاني بخلاف ما اذا شق التمر والبطيخ وأخرج النوى والبرزوس لم لا يعود صحيحا الاحتمال في وجودهما زمان البيع وليس الجذع كذلك لانه موجود محسوس ولا احتمال فيه والنزير يفتح الماء والكسرة فيه لغلبة بذرا البقل وغيره اه (قوله في ثوب يضره القطع كلهما اللبس) قال الاتقاني كالسرارويل والقبض والعمامة أما اذا كان كرباسا لا تتفاوت جوانبه قالوا يجوز بيع ذلك كذا قال الامام العتباتي اه (قوله في المتن وضربة القانص) بالقاف والنون (٤٧) وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة وهو من القنص يقال قنص قنصا

وهو من القنص يقال قنص قنصا اذا صاد وروى بقنص قنصا اذا صاد وروى في تهذيب الازهرى عن ضربة الغائص بالغين المجبة والياء آخر الحروف بعد الالف وهو غوص الصائد في الماء أو غوص الرجل في البحر لاجل الأول اه عيني وكتب على قوله وضربة القانص مانصه قال الكمال وهو بيع باطل لعدم ملك البائع المبيع قيل القنص فمكان غررا وبطلاله ما يخرج اه (قوله وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة) أي وهو على هذا من القنص يقال قنص بقنص قنصا اذا صاد اه ق (قوله ومجلا وهو النهمى عن الغرر) أي لانه

لا يمكنه التسليم الا بضرر يلزمه سواء ذكر موضع القطع أو لم يذكر ولا يقال هو بنفسه التزم الضرر لان الالتزام بدون العقد غير لازم والعقد لم يوجب الضرر فيمكنه الرجوع فيتحقق النزاع بخلاف ما اذا باع بعضاه معلوما من نقرة فضة حيث يجوز لان التبعيض لا يضره ولو قطع البائع الجذع أو قطع الثوب وسلمه عاد صحيحا ان كان قبل فسخ المشتري البيع لزوال المانع من الفساد بخلاف ما اذا باع جلد الحيوان وذبحه وسلمه حيث لا يعود صحيحا لان الفساد فيه لعدم المالية لما يبيانه في أطراف الحيوان ونظيره ما لو باع خرا ثم فحلت وبخلاف ما اذا باع زرا في بطيخ ونحوه حيث لا يجوز وان شقه وسلمه لان فساده لاحتمال العدم فلا يعود صحيحا بخلاف الجبوب في أغلافها حيث يجوز بيعها وان كانت مستورة لان وجودها معلوم ولهذا سمي به فيقال هذا باقى وهذه حنطة ولا يقال للبطيخ هذا زرا وهو الفارق وهذا في ثوب يضره القطع كلهما اللبس وان كان لا يضره القطع جاز بيع ذراع منه كالقفيز من الصبرة قال (وضربة القانص) وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة أو بغوص الصائد في الماء مارو يتافيه مفصلا ومجلا وهو النهمى عن الغرر ولانه مجهول القدر والصفة فلا يجوز قال (والمزانية) وهو بيع الثمر على رأس النخل بتمر مجدد ومثل كيلة خرصا حديث أنس أنه عليه السلام نهى عن المخافلة والمخاضرة والمناذرة والملازمة والمزانية رواه البخارى والمزانية ما ذكرناه والمخافلة بيع الحنطة في سنبلة بمخضة مثل كيلها خرصا والمخاضرة بيع الفارق قبل أن تنتهى ولانه باع مكىلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كالمو كالمو موضوعين على الارض وكذا بيع العنب بالعنب خرصا لا يجوز وقال الشافعى رحمه الله يجوز فيما دون خمسة أو سق لما روى أنه عليه السلام نهى عن بيع المزانية بيع الثمر بالتمر الأصحاب العرايا فانه قد أذن لهم رواه البخارى والترمذى وزاد فيه وعن بيع العنب بالزبيب وعن كل ثمر بخرصه ولنا ما روينا وقوله عليه السلام للذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والمخ بالمخ مثلا بمثل يدا بيد فمن زاد أو استزاد فقد أربى الاخذ والمعطى فيه سواء رواه البخارى وأحمد وأمثاله من النصوص

يحتمل أن يحصل شيء من الضربة ويحتمل أن لا يحصل ولانه بيع ما ليس عليه الانسان لانه ما كان مالكا وقت العقد لم يحصل من الضربة وقد قال عليه الصلاة والسلام لا تبع ما ليس عندك وهذا الوجه مما سمع به خاطر الاتقاني كذا قال رحمه الله (قوله ولانه مجهول القدر) أي وجهالة المبيع نفسه البيع اه اتقاني وكتب على قوله مجهول القدر أي لانه لا يدري ما الذى يحصل من الضربة اه ق (قوله في المتن والمزانية) قال في الفائق المزانية بيع الثمر في رؤس النخل بالتمر لانها تؤدي الى النزاع والمدافعة من الزين وهو الدفع اه (قوله وهو بيع الثمر على رأس النخل الخ) قال الاتقاني والاول بالشاء المنقوطة بالثلاث والثاني بانثنين كذا وقع سمعنا مرارا بفرغائه وبخارى وذلك لان ما على النخيل قد يكون رطبا وقد يكون تمرا اذا جف فقلنا بالثلاث حتى يعمها جميعا والغالب من حال المجذوذ أن يكون تمرا فقلنا بالاثنتين ولور وبيا بالثلاث فيهما جميعا أو بالاثنتين فيهما جميعا فالحكم كذلك لان بيع المزانية لا يجوز كيفما كان لشبهة الراسواء كان الرطب بالرطب أو التمر بالتمر أو أحدهما بالآخر اه (قوله خرصا) ضبطه الشارح بالقلم بكسر الخاء وقال في المصباح خرصت النخل خرصا من باب قتل حذرت غمره والاسم الخرص بالكسر اه (قوله وقال الشافعى يجوز) أي وهو مذهب أحمد واسحق اه اتقاني (قوله الا أصحاب العرايا) وهو أن يباع بخرصها غررا فيما دون خمسة أو سق اه هداية

(قوله واجبة بالنص) الذي بخط (٤٨) الشارح واجب بالنص (قوله فظن الراوي أن الرخصة مقصورة) الذي بخط

الشارح مقصورة اه (قوله في المستنوث من ثوبين) لجهالة المبيع أي وجهالة المبيع مانعة من صحة العقد إذا كانت تقضي إلى المنازعة وهذه تقضي إليها لأن البائع لا يدرى ما يسلم والمشتري لا يدرى ما يتسلم فتتبع المنازعة بخلاف جهالة القيمة وجهالة الصبرة المبيعة فانها لا تنفع من التسليم والتسلم ولو قال بعث أحد الثوبين على أن يأخذ المشتري أيهما شاء بشرة فقبل جاز استحسانا والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر والشافعي رجهما الله وقد مضى بيان المسئلة مستوفى في أواخر خيار الشرط اه اتقاني (قوله وان اشترط فيه بان اشترى أحدهما على أن يأخذ أيهما شاء جاز) أي لانه اذا شرط الخيار ارتفعت الجهالة في الثاني بفعل أحد المتعاقدين فصار كبيع قفيز من صبرة واذا لم بشرط الخيار ثبتت الجهالة وكثرت ألا ترى أنه ليس للمشتري اختيار أحد الثوبين إلا وللبيع أن يعين الآخر فإذا شرط الخيار تعين المبيع بفعل أحدهما فقلت لجهالة فلم تؤثر اه أقطع (قوله وانما لا يجوز بيع الكلا واجارته) أي

لا تحصى كلها مشهورة وتلقم بالامة بالقبول فلا يجوز تركها وهذا لأن المساواة واجبة بالنص والتفاضل محرم به وكذا التفرق قبل قبض البديلين فلا يجوز أن يساع جزا فاولا اذا كان أحدهما متاخرا كالمالك كان أكثر من خمسة أو سق وهذا لأن احتمال التفاضل ثابت فصار كالمالك تفاضلا بين اثنين أو كالمالك موضوعين في الأرض ومعنى العرايا فيأرواه العطايا وتفسيره أن يهب الرجل ثمر نخلة من بستانه ثم يشق على المعري دخول المعري له في بستانه كل ساعة ولا يرضى أن يخلف الوعد فيرجع فيه فيعطيه قدره ثم يرجد وإذا بالخرص بدله وهو جائز عندنا لأن الموهوب له لم يملك الثمرة لعدم القبض فصار بائعا لملكه عامكة وهو جائز لا بطريق المعاوضة وانما هو هبة مبتدأة وسمى ذلك بيعا مجازا لانه في الصورة عوض عما أعطاه أو لفكائه اتفق في الواقعة خمسة أو سق أو دونه فظن الراوي أن الرخصة مقصورة عليه فنقل كما وقع عنده وسكت عن السبب كذا فسر أهل الفقه والحديث فكان الجدل عليه أولى كيلا يكون مخالفا للمشاهير ويحتمل أن الراوي ظن أنه بيع قال (والملازمة واللقاء الجرح) وهذه من البيوع التي كانت في الجاهلية وهو أن يتسامم الرجلان فإذا المسما المشتري أو نبذها إليه البائع أو وضع المشتري عليه ما حصة لزم البيع فالاول بيع الملازمة والثاني بيع المناذرة والثالث اللقاء الجرح وقد نهى عليه السلام عنها عاروا وبنوا عن أبي سعيد أنه عليه السلام نهى عن الملازمة والمناذرة في البيع والملازمة لس الرجل ثوب الاخر بيده بالدليل أو بالثمن أو لا يقبله والمناذرة أن يبيد الرجل ثوبه ويبيد الآخر ثوبه ويكون ذلك بيعهما من غير نظر ولا تراص رواه البخاري ومسلم وأحمد ولا ن فيه تعلية التعليل بالخطر فيكون قارفا صار في المعنى كأنه قال للمشتري أي ثوب أقيمت عليه الجرح فقد بعته لك وفي المغرب بيع الملازمة والقياس أن يقول لصاحبه اذا لمست ثوبك أو لمست ثوبى فقد وجب المبيع وفي المنقح عن أبي حنيفة هي أن يقول بعته لك هذا المانع بكذا اذا لمستك فقد وجب البيع أو يقول المشتري كذلك والمناذرة أن يقول اذا نبذته اليك أو يقول المشتري اذا نبذته الى فقد وجب البيع واللقاء الجرح أن يقول المشتري أو البائع اذا أقيمت الجرح وجب البيع وفي سنن أبي داود الملازمة أن يمس بيده ولا ينشره ولا يقبله قال (وثوب من ثوبين) لجهالة المبيع هذا اذا لم بشرط فيه خيار التعيين وان اشترط فيه بان اشترى أحدهما على أن يأخذ أيهما شاء جاز وقد بينا أنه يجوز أن يثلاثة وحكمه اذا قبضهما قال (والمراعى واجارته) أي لا يجوز بيع المراعى ولا اجارته والمراد به الكلا دون رقبة الأرض لأن بيع الأرض واجارته جائز اذا كان مالكا لها وانما لا يجوز بيع الكلا واجارته لانه ليس لعمولك له اذا لا يملكه بملكه في أرضه ما لم يجره لقوله عليه السلام المساوون شركاء في ثلاثة في الماء والكلا والنار رواه أحمد وأبو داود ورواه ابن ماجه من حديث ابن عباس وزاد فيه ومنه حرام وهو محمول على ما اذا لم يجره وقال عليه السلام لا يمنع الماء والنار والكلا رواه ابن ماجه ومعناه أن أهم الاستفاد بشرط الماء وسقي الدواب والاستفاد من الآبار والحياض والانهار المملوكة وله أن يمنع الناس من الدخول في أرضه واذا طلب أحد الماء يلزمه أحد أمرين إما أن يخليه يدخل فيأخذ الماء بنفسه أو يخرج له فصار تطهير الماء وقع ثوب انسان في دار غيره يهبوب الرياح فيه وكذا لهم الاحتشاش من الاراضي المملوكة فان منعهم من الدخول في أرضه فهو على ما ذكرنا في الماء من الحكم فإذا كان مباحا فلا يجوز بيعه ولا اجارته وان كان في أرضه لعدم الملك فيه ولا نهاسم ملك العين ولا اجارة لا يجوز في اسم ملك العين المملوكة فغير المملوكة أولى وأجيزت في النظر والصبيغ لكونها الله لعميل بيعا وضمنواكم من شيء يجوز ضمنا وان لم يجره قصدا والحيطة فيه أن يستأجر الأرض لا يقف الدواب فيها أو لمنفعة أخرى بقدر ما يريد صاحبها من الثمن أو الاجرة فيحصل به غرض ما هذا اذا ثبت الحشيش بنفسه وان أئتمه صاحب الأرض بأن سقاها أو حرق حولها أو هياها لئلا تفسد ملكه وجاز

لأنه مباح يشترط فيه جميع الناس فلا يثبت الملك لاحد قبل الاخر اه اتقاني (قوله لا يجوز في اسم ملك العين المملوكة) أي بيعه بان استأجر بقرة لشرب لبنها اه هداية

نوله وقيل لا يملكه) قائلة القدوري اه (قوله فلا تنقطع بدون الحيازة) أي وسوق الماء الى أرضه ليس بحيازة والاكثر على الاول لأن
 لي هذا القائل أن يقول ينبغي أن حافر البئر يملك بناءها ويكون بشكفه الحفرة والطنى لتحصيل الماء يملك الماء كإتلاف الكلاب بتكلفه سوق
 الماء الى الأرض لينبت فله منع المستقي وان لم يكن في أرض مملوكة اه كمال (قوله وقال محمد والسفاحي يجوز بيعه اذا كان محزرا) أي
 أنه معتاد فيجوز للعاجزة وبه قالت الثلاثة وبه يفتي وقال صاحب الجمع يجوز بيع النخل تبعاً للكوارات عندهما وعند محمد يجوز مطلقاً
 قال السكري في مختصره ولا يجوز بيع النخل عند أي خنيفة فان كان في كواراتهما غسل فاشترى الكوارات بمافيها جاز اه عيني
 قوله حتى لو باعه مع الكواراة صح) الكوارات معسل النخل اذا سوى من طين وهي بضم الكاف والتشديد كذا رأيت في أساس البلاغة
 صحيح المطرزي وروى بالتخفيف أيضاً في التهذيب وروى أيضاً كوار وكواراة بالكسر والتخفيف فيهما اه اتقاني (قوله وذكر
 السكري أنه لا يجوز بيعه مع العسل) وقال السكري أيضاً وأجمعوا أن بيع هوام الأرض لا يجوز للحيات والعقارب والوزغ والعظاية
 القنفذ والجعل والضب وهوام الأرض كلها وقالوا لا يجوز بيع شيء في البحر من (٤٩) الضفادع والسرطان والسلاحف وغير ذلك

الا السمك وقال في الاجناس
 قال محمد بن الحسن اذا كان
 الدود من واحد وورق الثوت
 منه والعمل من آخر على أن
 يكون القز بينهما نصفين
 أو أقل أو أكثر لا يجوز
 وكذلك لو كان العمل منهما
 وهو بينهما نصفان لا يجوز
 وانما يجوز اذا كان البيض
 منهما وهو بينهما نصفان
 وأما اذا كان البذر بينهما
 على الثلث والثلثين لا يجوز
 وقال الولائجي في فتاواه
 امرأه أعطت بذراً القز وهو
 بذراً الفيلق بالنصف امرأة
 فقامت عليه حتى أدركه
 فالفيلق صاحبة البذر لانه
 حدث من بذرها ولها على
 صاحبة البذر قيمة الاوراق
 وأجرة مثلها وعلى هذا اذا
 دفع البقر الى انسان بالعلف

بيعه وقيل لا يملكه حتى لا يجوز بيعه قبل الاقرار لان الشركة ثابتة بالنص فلا تنقطع بدون الحيازة ذكره
 في النهاية ويدخل في الكلا جميع أنواع ما ترعاه المواشي رطباً كان أو بأيسر بخلاف الاشجار لان الكلا اسم
 لما اساق له والاشجار لها ساق فلا تدخل فيه حتى جاز بيعها اذا انبتت في أرضه لانه يملكها بالتباعد فيها
 والكلمة كالكلا ولذا اهتم أن ينتفعوا بضوء النار والاصطلاب والابقاد من لهيها بدون رضا صاحبها وليس
 لهم أن يأخذوا من الجر شيئاً الا برضا صاحبه قال (والنخل) وهذا عند أي خنيفة وأبي يوسف وقال محمد
 والسفاحي يجوز بيعه اذا كان محزراً لا يفسد من بيعه وان كان لا يؤكل كالجار ولهما أنه من الهوام
 فلا يصح بيعه كالزنبور وهوام الأرض والانتفاع بما يخرج منه لا بيعه فلا يكون منتفعاً به والشيء انما
 يصير مالاً لكونه منتفعاً به حتى لو باعه مع الكواراة صح بغيرها ذكره القدوري في شرحه وذكر السكري
 أنه لا يجوز بيعه مع العسل وقال الشيء انما يدخل في انعقد تبعاً لغيره اذا كان من حقوقه كالشرب
 والطريق قال (وباع دود القز وبيضه) أي يجوز بيعهما وهذا عند محمد وعند أي خنيفة لا يجوز بيعهما
 وأبو يوسف معه في الدود ومع محمد في بيضه وقيل فيه أيضاً معه لابي خنيفة أن الدود من الهوام وبيضه
 لا ينتفع به فاشبهه الخنافس والوزغات وبيضها لمحمد أن الدود ينتفع به وكذا بيضه في المال فصار كالخش
 والمهر ولان الناس قد تعاملوا به فثبت الضرورة اليه فصار كالاستصناع والفتوى على قول محمد لما ذكرنا
 قال (والا بق) أي لا يجوز بيعه وهو معطوف على ما قبل دود القز لما رويناه لا يفسد على تسليمه وهو
 شرط لجواز بيعه بخلاف العبد المرسل في حاجة لشبوت القدرة على التسليم وقت العقد حكى لان الظاهر
 من حاله عوده الى مولاه ولا كذلك الا بق ولو باعه ممن زعم أنه عنده جاز لان النهي ورد في الا بق المطلق
 وهو أن يكون بقاء عند المتعاقدين وهذا ليس با بق في حق المشتري اذ هو في يده فلا يتناوله النص المطلق
 اذ هو ليس بعاجز عن تسليمه وهو المانع ثم لا يصير قابضاً بمجرد العقد اذا كان في يده ان كان أشهد عند
 الاخذ أنه يأخذ ليرده على صاحبه لانه أمانة عنده وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض المبيع لان قبضه
 مضمون على المشتري ألا ترى أن المقبوض على سوم الشراء مضمون بالقيمة ولكن وجوب الثمن في البيع

(٧ - زيلمي رابع) ليكون الحادث بينهما بالنصف فالخات كاه حديثه البقر وله على صاحب البقرة عن العلف وأجر المثل وكذا اذا
 دفع الدجاجة ليكون البيض بالنصف اه اتقاني (قوله وأبو يوسف معه في الدود) أي الا اذا ظهر فيه القز فيجوز بيعه تبعاً للقز اه (قوله وقيل فيه
 أيضاً معه) قال في الهداية وقيل أبو يوسف مع أبي خنيفة كما في دوده اه (قوله والفتوى على قول محمد لما ذكرنا) أي للتعامل اه (قوله في
 الثمن والا بق) قال الاتقاني وصورته في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي خنيفة في عبد رجل أبق جاز رجل الى مولاه فقال ان عبدك
 قد أخذه وهو عندي في البيت فبعنيه فباعه منه قال البيه جاز وان قال أخذه هذا الرجل وهو عنده فبعه متى فسد به الرجل بما قال
 فباعه المولى منه فبيعه باطل الى هنا لفظ أصل الجامع اه (قوله بخلاف العبد المرسل في حاجته) قال في الدراية وأما العبد المرسل في حاجته
 فيجوز بيعه كذا في المحيط اه (قوله فلا يتناوله النص المطلق) أي لان النص المطلق لا يتناول المقيّد ولان النص معلول بعلة العجز عن
 التسليم فاذا كان عند المشتري زال المعنى الموجب للفساد اه اتقاني (قوله ان كان أشهد عند الاخذ أنه يأخذ ليرده) أي حتى اذا هلك في
 يده قبل تجديد القبض هلك من مال البائع لانه أمانة عند المشتري وقبض الأمانة لكونه أدنى حال لا ينوب عن قبض المبيع اه اتقاني

(قوله ولو لم يشهد عند الأخذ بصير قاضٍ بغير العقد عندهما) أي لانه حينئذ يكون غاصبا وقبض الغصب قبض ضمان فينوب عن قبض البيع وهو قبض ضمان اه اتقاني (قوله اذ لا يقدر على تسليمه) أي لان البائع لا يقدر على أن يسلم ماله في يده اه اتقاني (قوله لم يعد صحيحا لوقوعه باطلا) قال الكمال رحمه الله ولو عاد من اباقة وقد باعه من ليس عنده هل يعود البيع جائزا اذ اسلمه فعلى ظاهر الرواية لا يعود صحيحا وهو مروى عن محمد كما اذا باع خيرا ففقد قبل التسليم أو باع طيرا في الهواء ثم أخذه لا يعود صحيحا وهذا بقية أن البيع باطل وهو مختار مشايخ نيل والتلجي لان وجود الشرط يجب كونه عند العقد وفي رواية أخرى عن محمد وهو رواية عن أبي حنيفة يجوز لقيام المصلحة والمالك في الأبق ولذا صح عقده فكان كبيع (٥٠) المرهون اذا افتسكه قبل الخصومة وفسخ القاضي البيع وبه أخذ الكرخي وجماعة من المشايخ حتى اذا امتنع البائع

مانع عن وجوب القيمة فقبض الضمان أقوى من قبض الامانة لنا كد قبض الضمان بالزوم والمالك فان المشتري لو امتنع عن قبض المبيع أجبر عليه والضمان بوجوب المالك من الجانبين على منهو الاصل عندنا بخلاف قبض الامانة فانه لا يجبر عليه ولا يوجب المالك فكان أضعف فلا يتوب عن الأقوى ولو لم يشهد عند الأخذ بصير قاضٍ بغير العقد عندهما خلا فلا يبيس فيما اذا لم يأخذه نفسه بل ليرده على صاحبه وهذا بناء على أن الشاهد ليس بشرط لكونه أمانة عنده وعندهما بشرط وقد بناء في القطعة ولو باعه من قال هو عند فلان لم يجوز لانه أبقى عندهما وهو المعتبر اذ لا يقدر على تسليمه ولو باعه ثم عاد قبل الفسخ لم يعد صحيحا لوقوعه باطلا لعدم الحلية كبيع الطير في الهواء قبل التملك بخلاف ما اذا باعه ثم أبقى قبل التسليم ثم عاد حيث يجوز لان احتمال عوده يكفي لبقاء العقد على ما كان دون الابتداء وعن أبي حنيفة أنه يعود صحيحا لان المصلحة فيه قائمة فكان محلا للبيع فينقضه غير أنه عاجز عن تسليمه فيفسد فإذا أبق قبل الفسخ عاد صحيحا لزوال المانع فيجبر ان على التسليم والتسليم فصار كالأبق بعد البيع وكبيع المرهون ثم افتسكه قبل الخصومة وبه أخذ الكرخي وجماعة من أصحابنا رحمه الله وبالأول كن بقى أبو عبد الله التلجي وجماعة من مشايخنا رحمه الله ولو أعتقه نفذ عتقه لعدم اشتراط القبض فيه ولو علم حياته في وقت العتق أجزأه عن الكفارة ولو وهبه من ابنه الصغير أو وليته في حجره جاز بخلاف ما اذا باعه منه لان باقى له من اليد يكفي في الهبة دون البيع قال (الأن يبيعه ممن يزعم أنه عنده) أي لا يبق اذا باعه ممن يدعى أنه عنده جاز وقد ذكرناه قال (ولبن امرأة) يعني لا يجوز بيعه ومرا دة اذا كان في وعاء وقال الشافعي رحمه الله يجوز بيعه من حرة كان أو من أمه ويضمن بالاتلاف لانه مشروب طاهر كسائر البائعات الطاهرات وعن أبي يوسف أنه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد العقد عليهم فكذلك على جرثوم او لهما أنه جاز لا دعى دليل أنه ثابت به حرمة المصاهرة بمعنى البعضية وهو مجمع أجزأه مكرم مصون عن الابتذال والامتنان بالبيع الا ما حل فيه الرق وهو لا يحل الابن لانه ضعف حكى فقه حض يحل القوة التي هي ضده وهو الحلي لان الضدين يتعاقبان في موضع واحد ولا حياة في اللبن وكونه مشروب باضرورى لاجل الاطفال حتى لو استغنى عنه لا يجوز ونظيره ملك الشكاح فانه ضرورى لاقتضاء الشهوة وبقاء النسل فلا يدل على أن البضع مهان مبتذل ولان ابن الامة في حكم المنفعة حتى جاز استحقاقه بعقد الاجارة فبيع مثله لا يجوز بخلاف لبن البقرة ونحوها حيث يجوز بيعه لانه ليس له حكم المنفعة حتى لا يستحق بعقد الاجارة وهو مبتذل أيضا قال (وشعر الخنزير) ينتفع به الخنزير أي لا يجوز بيع شعره ويجوز الاستفاد به للخنزير لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهاتله كالخنزير وهذا لان جواز بيعه شعره باعزازه في غير الادى ونجاسته

المشايخ حتى اذا امتنع البائع من تسليمه أو المشتري من قبوله أجبر على ذلك لان صحة البيع كانت موقوفة على القدرة على التسليم وقد وجد قبل الفسخ بخلاف ما اذا رجع بعد أن فسخ القاضي البيع أو تخصصا فانه لا يعود صحيحا اتفاقا وهذا يقتضى أن البيع فاسد فالحق أن اختلاف الرواية والمشايخ فيه بناء على الاختلاف في انه باطل أو فاسد فانك علمت أن ارتفاع المفسد في الفساد يردّه صحيحا لان البيع قائم مع الفساد وارتفاع المبطال لا يرجع لان البيع لم يكن قائما بصفة البطلان بل معدوما فوجه البطلان عدم القدرة على التسليم ووجه الفساد قيام المصلحة والمالك والوجه عندى ان عدم القدرة على التسليم مفسد لا يبطل اه وكتب مانصه قال الولوالجي في

فتاواه ولو باع الأبق ثم سلمه في المجلس قبل الافتراق لا يجوز لانه باع ما لا يقدر على تسليمه فكان باطلا اه اتقاني رحمه الله أشعر (قوله في المتن ولبن امرأة) قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير سمعت الفقيه أبا جعفر يقول سمعت الفقيه أبا القاسم أحمد بن حم قال قال نصر بن يحيى سمعت الحسن بن سيهوب يقول سمعت محمد بن الحسن يقول جواز اجارة الظنر دليل على فساد بيع لبن الامة لما جازت الاجارة ثبت أن سبيله سبيل المنافع وليس سبيله الاموال لانه لو كان مالا لم تجز اجارته ألا ترى أن رجلا لو استأجر بقره على أن يشرب لبنها لم تجز الاجارة فلما جاز اجارة الظنر ثبت أن لبنها ليس بمال وذ كرفي اجارة العيون لو أن رجلا استأجر شاة لترضع جديا أو صبيبا فانه لا يجوز لان اللبن ليس له قيمة اه اتقاني (قوله حتى لو استغنى عنه لا يجوز) أي شربه والاستفاد به يحرم حتى منع بعضهم صبه في العين الرمدة وبعضهم أجازها اذا عرف دواء اه فتح (قوله لانه نجس العين) أي فلا يكون مالا يبيع ماله على أن لا يجوز وعلى ذلك انعقد الاجماع اه اتقاني

(قوله لان الضرورة تبين له) قال تعالى فن اضطر في محصة غير متجانف لاثم (قوله فالشعر اولى) أي عند الضرورة لان الشعر أخف منه بدليل أن شعر الميتة طاهر ولحمها لا اه اتقاني (قوله لانه يوجد مباح الاصل) أي غالبا اه اتقاني (قوله ولا بأس بالاسا كفة أن يصلوا الخ) قال الكمال وما ذكره في بعض المواضع من جواز صلاة الخرازين مع شعر الخنزير وان كان أكثر من قدر الدرهم ينبغي أن يخرج على القول بطهارته في حقهم أما على قول أبي يوسف فلا وهو الوجه فان الضرورة تدفعهم إلى أن يعلق بهم بحيث لا يقدر أن يمتنع عنه ويتجمع في ثيابهم هذا المقدار اه (قوله لان اطلاق الانتفاع دليل طهارته) أي والصحيح قول أبي يوسف لان حكم الضرورة لا يتعداها وهي في الخنزير فيكون بالنسبة اليه فقط اه كمال رحمه الله (قوله لما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن الانتفاع بجلد الميتة وعصبها) محمد عن يعقوب عن أبي خنيفة في جلد الميتة وعظامها اذا دبغ وعصبها وعقبها ووصفها ووربها وقرنها قال (٥١) لا بأس بالانتفاع بذلك كله وبيعه إلى

هذا لفظ أصل الجامع الصغير اه اتقاني (قوله ولا نجاسته من الرطوبات المتصلة) فان قيل نجاستها أي جلود الميتة ليس إلا بما جاورها من الرطوبات النجسة فهي متنجسة فكان ينبغي أن يجوز بيعها كالثوب النجس أجيب بأن النجس منها باعتبار أصل الخلقة فإلم يزاله (٥) فهي كعين الجلد ففي هذا يكون الجلد نجس العين بخلاف الثوب والدهن النجس فان النجاسة فيه عارضة فلا يتغير حكم الثوب بها فيه وهذا السؤال ليس في تقرير المصنف ما ريد عليه أولا ليجتاح إلى الجواب عنه فانه ما علم النجس الا بعدم الانتفاع به وانما ريد على من علل النجاسة ولا ينبغي أن يعمل بها بطلان بيع أصلا فان بطلان البيع دائر مع حرمة الانتفاع وهي عدم المأبأة فان بيع السرقين جائز وهو نجس

تسعر بهم وان المحل وانما جاز الانتفاع به لاسا كفة لان خنزير النعال والاختلاف لا يتأتى إلا به فكان فيه ضرورة وعن أبي يوسف أنه بكرة لان الخنزير يتأتى بغيره والاول هو الظاهر لان الضرورة تبين له فالشعر اولى ثم لا حاجة إلى شراؤه لانه يوجد مباح الاصل وقال النخعي أبو الليث ان كانت الاسا كفة لا يجدون شعر الخنزير الا بالشراء ينبغي أن يجوز لهم الشراء لان ذلك حالة الضرورة فأما البيع فيكره لانه لا حاجة اليه البائع ولا بأس بالاسا كفة أن يصلوا مع شعر الخنزير وان كان أكثر من قدر الدرهم ولو وقع في الماء القليل أفسده عند أبي يوسف لان اطلاق الضرورة فلا يظهر الا في حالة الاستعمال وفي غير تلك الحالة بقي على الاصل وعند محمد لا يفسده لان اطلاق الانتفاع دليل طهارته والله أعلم قال (وشعر الانسان) يعني لا يجوز بيع شعر الانسان والانتفاع به لان الأذى مكسوم فلا يجوز أن يكون جزءه مهانا وقال عليه السلام لعن الله الواصلة والمستوصلة وانما العنالا لا تتفاد به لما فيه من اهانة المكرم وعن محمد رحمه الله انه أجاز الانتفاع بشعر الأذى استدلالا بما روى أنه عليه السلام حين حلق رأسه قسم شعره بين أصحابه فكانوا يتبركون به ولو كان نجسا لما فعل فانه لا يتبرك بالنجس ألا ترى أن أبا طيبة رضي الله عنه حين شرب دم النبي صلى الله عليه وسلم على قصد التبرك به نهى أن يعود إلى مثله في المستقبل فلما حرمة الانتفاع به لكرامته لا نجاسته حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده فبطل الاستدلال بها ويرخص فيما يتخذ من الورق فإذ على قرون التساموذ واثمن قال (وحل الميتة قبل الدبغ) يعني لا يجوز بيعه لما روى أنه عليه السلام نهى عن الانتفاع بجلد الميتة وعصبها فإما رواه أبو داود وغيره ولا نجاسته من الرطوبات المتصلة به بأصل الخلقة فصار حكم الميتة بخلاف الثوب النجس حيث يجوز بيعه لان نجاسته ليست بأصل الخلقة فلا يمنع من جواز البيع قال (وبعد مباح وبتفاد به كعظم الميتة وعصبها ووصفها وقرنها ووربها) يعني بعد الدباغ يجوز بيعه كيجوز بيع عظم الميتة إلى آخره لانه طهر بالدباغ والعظم ونحوه طاهر بأصل الخلقة على ما ذكرنا في كتاب الطهارة فإذ بيعه ولحوم السباع وشحومها وجلودها بعد الذكاة بجلود الميتة بعد الدباغ حتى يجوز بيعها والانتفاع بها غير الكل لطهارتها بالذكاة الاجلاد الخنزير فانه نجس العين فلا يظهر بالذكاة كذا يجوز بيع عظم الفيل والانتفاع به عند أبي خنيفة وأبي يوسف وعند محمد لا يجوز وهو كالخنزير عنده وعندهما كالسباع قال (وعلى سقط) أي لا يجوز بيعه ولو بعد ماسقط لان الحق تعالى لا غير وهو ليس بمحل البيع المال وهو ما يمكن احرازه وقبضه والهواء لا يمكن احرازه وقبضه وانما يصح بيعه قبل الانهزام باعتبار البناء القائم ولم يبق بخلاف الشرب

العين للانتفاع به ما ذكرنا وأما جواز بيعها بعد الدباغ لحل الانتفاع بها شرعا والحكم بطهارتها زيادة ثبت شرعا على خلاف قول مالك رحمه الله اه كمال (قوله لطهارتها) أي لطهارتها بالذكاة قدم الشارح في الاسا رآن الصحيح أن اللحم لا يظهر بالذكاة فراجع اه (قوله لانه له حق التعليل) وقد صرح الاتفاق والراعي على ما سمي أن حق التعليل لا يجوز بيعه في جميع الروايات اه (قوله بخلاف الشرب) هذا جواب عن سؤال مقتدر قد براه ان الشرب حق الارض فيمنع أن لا يجوز بيعه فأجاب بهذا اه وكتب ما نصه ثم جواز بيع الشرب مع الارض اتفاق الروايات فيما إذا كان الشرب شرب تلك الارض أما اذا باع الارض مع شرب أرض أخرى اختلف المشايخ فيه قال في الفتاوى الصغرى والصحيح انه لا يجوز اه غاية قال الكمال أما اذا باع أرضا مع شرب غيرها ففي صحته اختلاف المشايخ والصحيح انه لا يجوز مفردا كبيع الشرب يوما أو يومين حتى تراد فوشه اه

(قوله ومقصوداً) أي بيعه منفرداً عن الأرض اهـ (قوله في رواية) أي في غير ظاهر الرواية اهـ غاية (قوله وهو اختيار مشايخنا) أي كأي بكر الاسكاف ومحمد بن سلمة لأن أهل بلخ تعاملوا ذلك لحاجتهم اليه والقياس يترك للتعامل كما يجوز السلم للضرورة والاستصناع للتعامل اهـ قال الاتقاني مشايخنا بلخ كأي بكر الاسكاف ومحمد بن سلمة يجوزون بيع الشرب بواو ميني حتى ترد ادوية المشتري لأن أهل بلخ تعاملوا ذلك لحاجتهم الى ذلك اهـ (قوله حتى لو سقي به رجل أرضه يضمن قيمته) أي وكذا اذا استحق الشرب يبطل حصته من الثمن اهـ غاية وكتب مائنه قال الكمال وأما ضمانه بالاتلاف فهو أن يسقي أرضه بشرب غيره فهو روية البردوي وعلى رواية شيخ الاسلام لا يضمن وقيل يضمن اذا جمع الماء ثم أتلفه ولا يضمن قبل الجمع وحينئذ فالأمر به من رد المختلف فيه الى المختلف فيه فلا يلزم الخلاف وعن الشيخ جلال الدين ابن المصنف انه قصر ضمانه بالاتلاف على ما اذا كان أشهد به لا تخبر ثم يرجع بعد القضاء وقال لا وجه للضمنان بالاتفاق الا بهذا الصورة لا يلو ضمن بغيرها فاما بالسقي أو منع حق الشرب لا وجه للأول لأن الماء مشترك بين الناس بالحديث ولا الى الثاني لأن منع حق الغير ليس سبباً للضمنان بل السبب منع ملك الغير ولم يوجد وأما أنه حظ من الماء وهو عين أو شيء يتعلق بالعين فورد عليه انه لو كان عيناً لفي أن لا يجوز بيعه اذ لم يكن فيه ماء وأوجب بأنه لا يجوز (٥٣) للضرورة وهو بيع رخصة وجوده كالسلم والاستصناع ثم بتقدير أنه حظ من الماء فهو مجهول المقدار

حيث يصح بيعه تبعاً باتفاق الروايات ومقصوداً في رواية وهو اختيار مشايخنا بلخ لأنه نصيب من الماء وهو مال ولهذا يضمن بالاتلاف حتى لو سقي به رجل أرضه يضمن قيمته وكذلك حصته من الثمن حتى لو ادعى رجل شراء أرض بشرها بألف فذهب شاهد بذلك وسكت الآخر عن الشرب بطلت شهادتهما لا اختلاف فيهما في حق الأرض وانما لم يجز بيعه في رواية وهو اختيار مشايخنا بلخ للجهالة وان سقط العلوي بعد البيع قبل القبض بطل البيع كهلاك المبيع قبل القبض ولا يجوز بيع المسيل وهبته ويجوز بيع الطريق وهبته والمسئلة تخمّل وجهين أحدهما بيع رقة الطريق والمسيل والثاني بيع حق المرور وحق تسهيل المسألة فان كان المراد به الأول فالفرق بينهما أن رقة الطريق مع طول الطريق والعرض فيجوز بيعه وأما رقة المسيل فمجهول لأن مقدار ما يشغله الماء من الأرض يختلف باختلاف بقعة الماء وكثرة حتى لو بين حدوده جاز وكذا لو باع رقة النهر من غير اعتبار المسيل أو باع جزءاً من الماء جازاً لا معلوم وإن كان المراد به الثاني ففي بيع حق المرور روايتان في رواية الزيادات لا يجوز وفي رواية ابن سماعة يجوز والفرق بينهما وبين التسهيل على رواية ابن سماعة أن حق المرور معلوم وهو الطريق على ما بينا أما التسهيل فمجهول لأنه متعلق برقة المسيل وهو مجهول على ما بينا ووجه الفرق بين حق التعلّي حيث لا يجوز بيعه باتفاق الروايات وبين حق المرور في الطريق حيث يجوز بيعه في رواية ابن سماعة أن حق المرور متعلق برقة الأرض ورقة الأرض مال وهو عين فالتعلق به كالتعلق بالمال وحق التعلّي متعلق بالهواء والهواء ليس بعين مال ولا له حكم المال فلا يجوز قال (وأمة ثنين أنه عبود وكذا عكسه) أي لو اشترى أو باع شخصاً على أنه أمة فثنين أنه عبود أو على أنه عبود فثنين أنه أمة لم يجز البيع وهذا استحسان والقياس أنه يجوز وهو قول زفر رحمه الله لأنه اختلاف الوصف اذ كونه أمة أو كونه وصف في الحيوان وهو واجب

فلا يجوز بيعه وهذا وجه منع مشايخنا بلخ بغيره منفرداً قالوا وتعامل أهل البلدة واحدة ليس هو التعامل الذي يترك به القياس بل ذلك تعامل أهل البلاد لصيراجاعاً كالاستصناع والسلم لا يقاس عليه والضرورة في بيع الشرب مفردة على العموم منتفية بل إن تحقق حاجة بعض الناس في بعض الاوقات وبهذا القدر لا يخالف القياس اهـ (قوله لا اختلاف في ثمن الأرض) أي لأن بعض الثمن يقابل الشرب اهـ (قوله وهو اختيار مشايخنا بلخ) أي لا لأنه ليس بجمال بخلاف

بيع مع الأرض لأنه سقط اعتبار الجهالة بمعايير الأرض قاله الاتقاني (قوله والثاني بيع حق المرور) أي الذي هو الطريق اهـ فتح الخيار (قوله فان كان المراد به الأول الخ) قال الكمال فان كان المراد الأول وهو بيع رقة الطريق والمسيل أي مع اعتبار حق التسهيل فوجه الفرق بينهما أن الطريق معلوم لأن له طولاً وعرضاً معلوماً فان بينه فلا اشكال في حق نفسه وان لم يبينه جازاً أيضاً وهو المراد بالمسئلة هنا فانه يجعل مقدار باب الدار العظمى وطوله الى السكة الناقذة أما المسيل فمجهول لأنه لا يدري قدر ما يشغله الماء ومن هنا عرف أن المراد بالمسئلة ما إذا لم يبين مقدار الطريق والتسهيل أما لو بين حد ما يسيل فيه الماء أو باع الأرض المسيل من نهر أو غيره من غير اعتبار حق التسهيل فهو جاز بعد أن يبين حدوده اهـ (قوله فالفرق بينهما) أي حيث جاز بيع الطريق وهبته دون المسيل اهـ اتقاني (قوله في رواية الزيادات لا يجوز) قال الفقيه أبو الوليث في شرح الجامع الصغير هذه الرواية هي الصحيحة لأنه حق من الحقوق وبيع الحقوق بالاتفاق لا يجوز اهـ غاية (قوله أما التسهيل) أي فان كان على السطح فهو نظير حق التعلّي وبيع حق التعلّي لا يجوز باتفاق الروايات وان كان على رقة الأرض فلا يجوز أيضاً للجهالة قدر ما يشغله الماء اهـ غاية (قوله في المتن وأمة ثنين أنه عبود وكذا عكسه) قال الكمال اذا اشترى هذه الجارية بألف فظهرت غلاماً فالبيع باطل لعدم المبيع وهذه أمثالها تبني على الأصل الذي تقدم في المهر أنه اذا جتمع تسمية وإشارة الى شيء كذا كرنا من هذه الجارية حيث أشار الى ذات وسميها جارية اهـ (قوله والا نونة وصف في الحيوان) أي فلا يتبدل بها معنى الذات اهـ غاية

(قوله فان المقصود من العبد الاستخدام خارج المدار) أي كالزراعة والتجارة والحراثة اه فتح (قوله ومن غيره) أي من غير بني آدم اه
(قوله اذا اختلف فيه المسمى والمشار اليه) أي ويبطل العقد لعدم المسمى اه (قوله لان الإشارة لشعريف الذات) أي الحاضرة
والسهمية تعرف الحقيقة المدرجة فيها تلك الذات وغيرهما من ذوات لا تخصي معرفة عند العقل بأشياءه تلك الذات وغيرها اه كمال
(قوله فكأن الإشارة) أي فاذا علم ذلك كانت الإشارة اه (قوله ثم اذا كان المعتبر هو المسمى عند اختلاف الجنس الخ) قال الاتقاني في
الغاية قال بعضهم في شرحه في هذا الموضع اختلفوا في هذا البيع قال بعضهم باطل وقال بعضهم فاسد ثم قال وهو اختيار الكرخي
وقال كذا ذكر في الجامع الصغير لفاضلنا أقول هذا الاختلاف عجيب ونقل عن الكرخي (٥٣) عجيب أما الأول فلان محمد ارجه الله

قال في مسألة الجامع الصغير
فلا يبيع بينهما ما فيكون
تخصيصا على البطلان لان
مثل هذا التقييد على
الباطل لا يفسد فكيف
يصح بعده هذا قوله اختلفوا
في أنه باطل أو فاسد وأما
الثاني فلان الكرخي صرح
في مختصره بأن اختلاف
الصفة اذا اوجب اختلاف
فاحشا كان ذلك بمنزلة
الاختلاف في الجنس ثم في
اختلاف الجنس اذا باع
فصاعلي انه ياقوت فكان
زجاجا أو باع هذا الثوب
على أنه خز فاذا هو مرعز
قال فالبيع باطل اه
والعجب من هذا التعجيب
لان قوله فلا يبيع بينهما
يحتمل نفي الصحيح ويحتمل
النفي مطلقا وقول الاتقاني
ان هذا تنصيص على
البطلان ممنوع وتعليله
مصادرة لفعل البيع فاسدا
له وجه على تقدير الاحتمال
الآخر وان كان مرجوحا

الخيار لا الفساد كما في البهايم فانه اذا اشترى كبشاً مثلاً فاذا هو نعمة أو بالعكس لا يفسد البيع وانما يثبت له
الخيار وان الوصف المرغوب فيه كما اذا اشترى عبداً على أنه خيار أو كاتب فاذا هو بخلاف ذلك وجه
الاستحسان أن الذكر والأنثى من بني آدم جنسان مختلفان اتفاحش التفاوت في المقاصد فان المقصود من
العبد الاستخدام خارج المدار ومن الأمة الاستخدام داخل المدار كالطبخ والكسب والاستقراض والاستيلاء
فصارت جنساً آخر غير المذكورة ومن غيره جنس واحد لثمة قارب المقصود فان المقصود منه اللحم والحمل
والركوب ونحو ذلك فالذكر والأنثى من الحيوان يصلحان لذلك فكانا جنساً واحداً واختلاف الجنس
يكون باختلاف المقاصد ألا ترى أن الخل واللبس جنسان لما قلنا وان اتحد أصلهما ثم في مختلفي الجنس
يتعلق العقد بالمسمى اذا اختلف فيه المسمى والمشار اليه لان التسمية أبلغ في التعريف من الإشارة لان
الإشارة تعرف الذات فانه اذا قال هذا صار الذات معيناً ولا يشارة فيه غير التسمية لا علام لها هي
وهو أمر زائد على أصل الذات فكان أبلغ في التعريف ويحتاج في مقام التعريف إلى ما هو أبلغ فيه
فكانت الإشارة أولى بالأعتبار في متعدي الجنس لان المسمى موجود في المشار اليه ذاتاً والوصف يتبعه
فأمكن الجمع بينهما بأن تجعل الإشارة للتعريف والتسمية للترغيب فيثبت له الخيار عند فوات الوصف
المرغوب فيه بخلاف مختلفي الجنس لان المسمى فيه مثل المشار اليه وليس يتابع له فلا يمكن أن يجعل
أحدهما تبعاً للآخر فيعتبر الاعرف عند تعذر الجمع بينهما وهو هذا هو الأصل في العقود كلها كالاجارة
والنسكاح والصلح على دم العمد والخلع والعق على مال ثم اذا كان المعتبر هو المسمى عند اختلاف الجنس
يفسخ البيع باطلاً عند بعض المشايخ لانه معدوم وبيع المعدوم لا يجوز في السلم وقال بعضهم انه فاسد وهو
اختيار الكرخي لانه باع المسمى وأشار إلى غيره فصار كأنه باع شيئاً بشرط أن يسلم غيره وذلك فاسد والاجارة
مثل البيع لانها تبطل بالشرط الفاسد والنسكاح وأشباهه لا يفسد بالشرط الفاسد ولكنه ينظر ان كان
المسمى يمكن ضبطه كالثياب والحيوان الموصوفة أو المكيل أو الموزون يجب المسمى ويجعل كأنه مسماه ولم
يشتر الشئ وان لم يمكن ضبطه يجب مهر المثل كأنه لم يسم شيئاً لانه لا يصلح أن يثبت في الذمة قال (وسواء
ما باع بالاقبل قبل النقد) ومعناه أنه لو باع شيئاً وقبضه المشتري ولم يقبض البائع الثمن فاشتره باقيل من الثمن
الأول لا يجوز وقال الشافعي رحمه الله يجوز وهو القياس لان المثل فيه قد تم بالقبض فيجوز بيعه بأي قدر
كان من الثمن كما اذا باعه من غير البائع أو منه عندل الثمن الأول أو بأكثر أو بعرض أو بأقل بعد النقد
ولنا ما روى عن أبي اسحق السبعي عن امرأته أنها دخلت على عائشة رضي الله عنها فدخلت معها أم ولد
زيد بن أرقم فقالت يا أم المؤمنين اني بعثت غلاماً من زيد بن أمية ثمان مائة درهم نسيئة وانى ابتعته منه بستمائة

على وجه التسليم وأما تصريح الكرخي بأنه مثل مختلفي الجنس فهو مثله في الاختلاف من حيث عدم الصحة لاني أن كل واحد منهما
باطل ويكون الوقوف على كلام الكرخي بأنه فاسد قد رتبته هذا الجمل بوقفاً بين كلاميه ولا يظن بصاحب النهاية نقل ما لا يوجد في كلام
الكرخي غايته عدم وقوف الاتقاني على ذلك هذه الحاشية من فوائد الشيخ محب الدين الأقصري رحمه الله قوله قال بعضهم هو صاحب
النهاية اه (قوله أي اسحق السبعي) اسمه عمرو بن عبد الله يروي عن زيد بن أرقم اه (قوله أم ولد زيد بن أرقم) قال الاتقاني زيد بن
أرقم بن قيس بن نفعان بن مالك بن نعلبة بن كعب بن الخزرج الانصاري من مشاهير اصحابه وفي كنيته اختلاف قيل أبو عمرو وقيل أبو عامر
وقيل أبو أنيسة وقيل أبو أنيس وتوفي بالكوفة سنة ثمان وستين وهذا الذي أخذ الراية يوم موته حين استشهد به عبد الله بن رواحة كذا ذكره
ابن شاهين في كتابه العجم اه (قوله ابتعته) أي بعتته وكذا هو في الهداية اه

(قوله فمالت له ساعائسة بثمن ما مشريت وبثمن ما مشري) مامعنى ذم البيع الاول وهو جائز اجاعا اعادته لكونه سببا للبيع المظهور كالسفر لقطع الطريق محظور وان كان السفر في نفسه مباحا اه اتقاني باختصار (قوله ولان الثمن لم يدخل الخ) قال الاتقاني ولان يلزم منه ربح مالم يضمن لان المبيع خرج من ضمان البائع بالنسليم والثمن لم يدخل في ضمانه لعدم القبض فاذا اشترى بالاقل لم يربح مالم يضمن لان المحالة وذلك لا يجوز لما حدث صاحب السنين باسناده الى عبد الله بن عوف قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح مالم يضمن ولا بيع مال ليس عندك فان قلت يحتمل ان عائشة رضي الله عنها انما اغلظت القول هكذا لان البيع كان الى العطاء وهو اجل مجهول لان فيه ربح مالم يضمن قلت كان من مذهب عائشة جواز البيع الى اجل مجهول وهو مذهب علي وابن ابي ليلى وجاعة كذا قال القاضي ابو زيد في الاسرار اه (قوله لا يحل سلف) صورة انتهى عن بيع وسلف ان يكون البيع بشرط منفعة القرض (٥٤) أو الهبة والصدقة وما أشبه ذلك وصورة الشرطين في بيع أن يبيع عبده بألف درهم إلى

سنة أو بألف وخمسمائة إلى سنتين ولم يبعنا العقد على أحدهما كذا في شرح الطحاوي اه (قوله ولو اشتراه من لا تجوز شهادته) قال الكمال ولو اشترى ولده أو والده أو زوجته فكذلك عنده وعندهما محذور لتمامين الاملاك وكان كما لو اشتراه اخوه وهو يقول كل منهما بمنزلة الآخر ولذا لا تقبل شهادة أحدهما الاخر اه (قوله وقال ابو يوسف ومحمد يجوز في غير العبد) قال الكرخي في مختصره ولا يجوز أن يشتري ذلك وكيل البائع ولا مضارب ولا شريك في تلك التجارة ولا مسدب للبائع ولا مكاتب ولا عبد للبائع ما دون له في التجارة في قولهم جيعا فان اشتراه والد للبائع أو ولد أو ولد

نقد افقالت له ساعائسة بثمن ما مشريت وبثمن ما مشري ان جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل بطل الا أن يتوب رواء الدار طي فهذا الوعيد دليل على أن هذا العقد فاسد وهو لا يدرك بالرأى فدل على أنها قالت سماعا ولا يقال قدروى أنها قالت اني بعته الى العطاء فلعلمها أنكرت عليها ذلك لانا نقول كانت عائشة رضي الله عنها ترى البيع الى العطاء ولان الثمن لم يدخل في ضمان البائع قبل قبضه فاذا اعاد اليه عين ماله بالصفة التي خرج من ملكه وصار بعض الثمن قصاصا يبيع بعض بقي له عليه فضل بلا عوض فكان ذلك ربح مالم يضمن وهو حرام بالنص بخلاف ما اذا اشتراه بمثل الثمن الاول أو أكثر لان الربح فيه حصل للمشتري بعد ما دخل المبيع في ضمانه ولو اشتراه من لا تجوز شهادته له كولدته ووالده وعبده ومكاتبه فهو بمنزلة شراء البائع بنفسه وقال ابو يوسف ومحمد يجوز في غير العبد والمكاتب لان الاملاك متباينة بخلاف الاموال لان كسبه ليس له وله في كسبه مكاتبه حق الملك فكان تصرفه كصرفه وله أن يشترى هؤلاء كسراء البائع بنفسه لاتصال منافع المال بينهم وهو نظير الوكيل في البيع اذا عقد مع هؤلاء ولو اشترى ما يبيع له بأن باع وكيه له لم يجز أيضا لانه لم يبايع باذنه صار كبيعه بنفسه ثم اشترى بالاقل وكذا لو وكل رجلا ببيع عبده بألف درهم فباعه ثم اراد الوكيل أن يشتري العبد بأقل مما باع لنفسه أو لغيره ما مره قبل نقد الثمن لم يجز ما شرأه لنفسه فلا الوكيل بالبيع بائع لنفسه في حق الحقوق فكان هذا شراء البائع من وجهه والثابت من وجهه كالثابت من كل وجه في باب الحرمات وأما غيره فلا لأن شراء المأمور واقع لمن حيث الحقوق فكان هذا شراء مباح لنفسه من وجهه وكذا لو اشترى من وارث مشتريه بأقل مما اشترى به المورث لم يجز لقيام الوارث مقام المورث بخلاف ما لو اشترى وارث البائع بأقل مما باع به مورثه فانه يجوز وعن أبي يوسف أنه لا يجوز كالفصل الاول والفرق على ظاهر الرواية أن الوارث يقوم مقام المورث فيما يرث لا فيما لا يرث ووارث البائع لم يقيم مقام البائع في هذا الشراء لانه لم يملك الشراء بطريق الارث لانه كان يملك الشراء لنفسه حال حياته مورثه فكان كالاجنبي في ذلك وأما وارث المشتري فقام مقام المشتري في هذا البيع لان ولاية البيع له من أحكام ملك المورث فانه ما كان يملك البيع حال حياته مورثه لانه ملك مورثه ولما قام وارث المشتري مقامه في بيع هذه العين بحكم الارث صار

وله ادعلا أو سفل أو من لا تجوز شهادته للبائع ولا شهادة البائع له لم يجز عند أبي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ذلك جائز وكذلك لا يجوز للموكل أن يشتري ما باعه مكاتبه ولا عبده المأذون ولا مضاربه بأقل من الثمن الذي باعه فان وكل البائع من يشتريه بأقل من الثمن الاول فاشتراه فالشراء جائز عند أبي حنيفة وقال ابو يوسف الشراء لازم للوكيل ولا يلزم الاخر وقال محمد لا يربى شراء فاسد الى هنا لفظ الكرخي وجه قول محمد انه اخره بمالوا بشراء بنفسه يكون فاسدا ووجه قول أبي يوسف العقد له زيادة فساد باميل ابطال الجهاد لم يجز التوكيل به ولا بي حنيفة أن الموكل في المعنى مشتري الوكيل فاصدا كما اذا اشترى من غيره اه اتقاني رحمه الله (قوله وكذا لو اشترى من وارث مشتريه بأقل مما اشترى الخ) قال في شرح الطحاوي اذا مات المشتري فاشتراه البائع من الوارث لا يجوز لان الوارث يقوم مقام المورث الا ترى أنه لو وجد عبدا كان له أن يخاصم البائع في الرد ولو لم يمت المشتري ولكن مات البائع فاشتراه وارثه من المشتري جاز الشراء اذا كان الوارث ممن تجوز شهادته للبائع في حال الحياة وقرابته من البائع لاتنفع بخلاف المشتري والفرق بينهما أن وارث المشتري قائم مقام المشتري في عين المبيع لانهم ورثوه منه واما وارث البائع يقوم مقام البائع في الثمن والثمن الذي ثبت في نعمة لم يكتب المحشى

(قوله ثم اشتراه البائع الاول من ذلك الرجل يجوز) أي ولو عاد الى ملك المشتري الاول ملك مستأنف جاز لبائعه شراءه منه بأقل ما كان باعه له أولاً اه مبتدئ وكتب مانصه قال الاتقاني ويجوز اذا اشتراه من غيره الامن وارثه لان تبدل العاقد بتبدل العين حكماً فأما وارثه فبميزته فإنه خلفه فصار شبهة والشبهة في باب الحرمات ملحقة بالحقيقة اه (قوله جعل النقصان بمقابلة العيب الحادث عند المشتري) أي فلا يتحقق الرجوع اه اتقاني وكتب مانصه سواء كان ذلك النقصان (٥٥) بقدر ذلك العيب أو دونه اه فتح

(قوله لان تغير السعر غير معتبر) أي لانه فتور في رغبات الناس فيه وليس منه قوت جز من العين اه كمال (قوله لم يجز استحسانا) قال الكمال رحمه الله وجه الاستحسان أنهم ما جنس واحد من حيث كونهم ما ثمتا ومن حيث وجب ضم أحدهما الى الآخر في الزكاة فيبطل البيع احتياطاً وألزم أن اعتبارهما جنساً واحداً بوجوب التفاضل بينهما احتياطاً والجواب أن مقتضى الوجه ذلك ولكن في التفاضل عند بيع أحدهما بالآخر اجماع اه (قوله حتى لا يجري ربا الفضل بينهما) قال الاتقاني وجهه الاستحسان أنهم ما من حيث الثمنية كالشيء الواحد فتثبت شبهة الرجوع اه (قوله في المتن وضع فيما ضم اليه) وهذه فرع المسئلة السابقة وهي ان شراء ما باع من المشتري بأقل مما باعه به قبل نقد الثمن لا يجوز اه كمال (قوله الى المشتري) بفتح الراء اه فتح (قوله جاز البيع

بيع الوارث وبيع المورث سواء) وكلا لا يجوز بيع المشتري لا يجوز بيع وارثه وشرطنا أن يكون الشراء من مشتريه أو من وارثه لانه لو باعه المشتري من رجل أو وهبه لرجل أو أوصى لرجل ثم اشتراه البائع الاول من ذلك الرجل يجوز لان اختلاف سبب الملك كاختلاف العين أصله حديث بريرة حيث قال عليه السلام هو لها صدقة ولنأهديه وشرطنا أن يكون المبيع على حاله لم ينقص لانه اذا تعيب في يد المشتري فباعه من البائع بأقل من الثمن الاول جاز لان المانع ربح ما لم يضمن وانما يظهر الرجوع اذا صار اليه المبيع كما خرج عن ملكه فاذا لم يعد اليه كما خرج عن ملكه جعل النقصان بمقابلة العيب الحادث عند المشتري فكان مشترياً ما باع بمثل الثمن الاول معنى وشرطنا أن يكون النقصان من حيث الذات لانه لو نقصت قيمته بتغير السعر لم يجز شراؤه بأقل مما باع لان تغير السعر غير معتبر في حق الاحكام كافي حق الغاصب وغيره فعاد اليه المبيع كما خرج عن ملكه فيظهر الرجوع وشرطنا اتحاد الثمنين جنساً لانه اذا اشتراه بجنس آخر غير جنس الثمن الاول يجوز وان كان الثمن الثاني أقل لان الرجوع لا يظهر عند اختلاف الجنس والدنانير جنس الدراهم هنا حتى لو كان العقد الاول بالدراهم فاشتراه بالدنانير وقيمتها أقل من الثمن الاول لم يجز استحساناً وجاز قياساً وهو قول زفر لانهم ما جنسان حتى لا يجري ربا الفضل بينهما ولنا أنهم ما جنسان صورة وجنس واحد معنى لان المقصود بهما واحد وهو الثمنية فبالنظر الى الاول يصح وبالنظر الى الثاني لا يصح فغلبننا المحرم على المبيح لقوله عليه السلام ما جتمع الحلال والحرام الا وقد غلب الحرام الحلال رجلاً ن باعاً عبداً بينهما بالف ففقد البعنا كالف بكل نصف بخمسمائة ثم اشتراه أحدهما بخمسمائة قبل النقد فسد في نصفه لانه شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن وصح في نصيب شريكه بنصف خمسمائة لانه ما باع ولا يبيع له ولو قال لا بعناك نصيب فـ لان بخمسمائة ثم قال لا بعناك نصيب فلان بخمسمائة ثم اشتري أحدهما كله بخمسمائة فسد في نصيبه لان نصفه وهو الربع باعه بنفسه ونصفه وهو الربع يبيع له وأما نصيب صاحبه فيفسد في نصفه وهو الربع لانه باعه له وصح في الربع الآخر فيدفع عنه لانه ما باع ولا يبيع له وان اشترى به ما في هذه الصور صح شراء كل واحد منهما في ثمنه بثلث الثمن لانه لو اشتراه أحدهما صح شراؤه في الربع فاذا اشترى كل واحد منهما نصفاً شائعاً صح شراء كل واحد منهما في نصف ذلك وهو الثلث ضرورة ولو باعاه بالف ثم اشترى به بخمسمائة صح شراء كل واحد منهما في ربعه لان كل واحد منهما اشترى نصفاً شائعاً نصفه فيما باع فيفسد ونصفه فيما باع شريكه فيصح في نصفه الذي لم يبيع له بل باعه لنفسه ولو باعه مع وكيله بالف ثم اشتراه الموكل بخمسمائة لا يصح لان أحداً لتصفين باعه بنفسه والنصف الآخر يبيع له ولو اشتراه الوكيل فسد في النصف الذي باعه هو وصح في النصف الآخر لانه ما باع ولا يبيع له ولو باع الوكيل كله ثم اشتراه أحدهما لا يصح أما الوكيل فلانه باع وأما الموكل فلانه يبيع له قال (وضع فيما ضم اليه) أي صح البيع فيما ضم الى المشتري بان اشترى مثلاً جارية بالف ثم باعها وأخرى معها بالف من البائع قبل نقد الثمن جاز البيع في التي لم يشتريها من البائع وبفسد في الاخرى لانه لا بد أن يجعل الثمن بمقابلة التي لم يشتريها منه فيكون مشترياً للآخرى بأقل مما باع وهو فاسد ولا يبيع الفساد لانه ضعيف فيما لا يكون محتمداً فيه حتى لو قضى

في التي لم يشتريها) أي بخصتها اه اتقاني (قوله فيكون مشترياً لا آخرى بأقل مما باع وهو فاسد) أي ولا اشكال هنا على قوله ما واما الاشكال على قول أبي حنيفة لان مذهبه أن البيع اذا فسد بعضه فسد كله اذا كان الفساد مقارناً وحده أن يقال ان الفساد فيما يبعث أو لا ضعيف لانه اختلف العلماء في فسادها فلم يسر لضعف الفساد الى صاحبها كما اذا اشترى عبدان أحدهما مدبر حيث لا يفسد البيع بل يصح البيع في القرن بخصته من الثمن فكذلك اذا يبعث البيع في المضمومة بخصته من الثمن اه اتقاني

(قوله) ولأنه باعتبار شبهة الزب (أي سلامة الفضل للبائع الأول من غير عوض ولا ضمان يقابل احتياط الأمر بالبيع إلى المضمومة
 لقصور سبب الفساد اه اتقاني (قوله ولأنه) أي ليس بمقارن لأنه ليس في صلب العقد بل هو الخ اه غاية (قوله طائ) أي
 لا تهم الميزان في البيع ما يوجب فساد البيع وانما الفساد باعتبار شبهة الزب لا يوجب فساد البيع اه (قوله طائ) أي
 قيمتهما أو بالمقاسة أعني مقاسة الثمن في البيع الثاني بمقدار ذلك من الثمن في البيع الأول فيسبق من الثمن الأول فضل من غير أن يقابله
 عوض فكيفما كان يظهر الفضل للبائع الأول فيكون مشترى ما باع بأقل منه والفساد الطارئ لا يسرى كمن باع عبدين صفقة واحدة
 وبين ثمن كل واحد منهما ثم أحرق أحدهما إلى وقت الحصاد في غن أحدهما فساد البيع فيه ولا ينعدي إلى الآخر فكذلك فيما نحن فيه اه
 اتقاني (قوله في المتن وزيت) قال الاتقاني هذه من خواص الجامع الصغير وصورته فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل
 اشترى من رجل هذا الزيت وهو ألف (٥٦) رطل على أن يتره بظرفه فيطرح عنه مكان كل طرف خسين رطلا قال هذا

القاضي بجواز صح أولانه باعتبار شبهة الزب ولأنه طارئ لأنه يظهر بانقسام الثمن أو المقاسة ولا يسرى
 إلى غيرها قال (وزيت على أن يتره بظرفه ويطرح عنه مكان كل طرف خسين رطلا وصح لو شرط
 أن يتره بوزن الظرف) أي لا يجوز بيع زيت كل رطل بدرهم على أن يتره بظرفه ويطرح عن الزيت
 الموزون مكان كل طرف خسين رطلا ويجوز أن شرط أن يتره بوزن الظرف لأن الشرط الأول
 لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه وهذا لأن مقتضى العقد أن يخرج عنه وزن الظرف فإذا طرح
 خسين مثلاً يحتمل أن يكون أكثر من الظرف أو أقل إذا عرف أن وزنه خسون رطلاً حينئذ يجوز
 لأنه يقتضيه العقد قال (وان اختلفا في الرق فالقول للمشتري) لأنه المنكر بينانه لو اشترى سمنافى
 رق فرد المشتري الرق وهو عشرة أرطال فقال البائع الرق غير هذا وهو كان خمسة أرطال لأنه ان اعتبر
 اختلافاً في الرق فالقول قول القابض ضمينا كان أو أمينا كالمغاصب والمودع وان اعتبر اختلافاً في
 السمن فهو في الحقيقة اختلاف في مقدار الثمن فيكون القول للمشتري لأنه ينكر الزيادة ولا يتخالفان
 وان كان الاختلاف في الثمن لأن الاختلاف في الثمن يثبت تبعاً لاختلاف فهماني الظرف والاختلاف
 في الظرف لا يوجب التحالف لأنه ليس بمقصود بالعقد ولا معه قد علبه أصلاً فكذلك فيما ثبت تبعاً له
 إذا تبع لا يتخالف الأصل ولأن التحالف ورد على خلاف القياس فيما إذا كان الاختلاف في موجب
 العقد قصد ضرورة أن كل واحد منهما يدعي عقد غير الذي يدعيه صاحبه والاختلاف في الرق ليس
 في معناه فلا يلحق به قال (ولو أمر من ذب بشراة أخر أو بيعها صح) وهذا عند أبي حنيفة رجه الله وقال
 لا يجوز وعلى هذا الخلاف التوكيل ببيع الخنزير وعلى هذا أن كيل المحرم الحلال يبيع صبيده لهما
 أن الوكيل يستفيد الولاية من الموكل ولا ولاية للموكل في هذا التصرف فكذلك وكيله كسليم وكل مجوسيا
 بان تزوجه مجوسية حيث لا يجوز بالاتفاق ولأن ما ثبت له ينقل إليه فصار كأنه بائنه بنفسه ولأنه
 بين الوكيل والموكل يجري حكم المبادلة حتى يجعل الوكيل بمنزلة البائع والموكل بمنزلة المشتري ألا ترى
 أنه يحبس المبيع بالثمن ورنه الموكل عليه بالعيب ويجري التحالف بينهما عند التجار ولا ينيضة
 رجه الله أن الوكيل أصل لنفس التصرف والموكل لحكم التصرف ألا ترى أنه عملاً بالخير والخنزير

فاسد فان قال على أن
 يطرح عن وزن الظرف
 فهو جائز وذلك أن المبيع
 في الصورة الأولى مجهول
 وجهاته تفسد البيع لأن
 وزن الظرف يحتمل أن
 يكون أقل من خسين أو
 أكثر فان كان أقل منه
 يخرج بعض الزيت من أن
 يكون مبيعاً وذلك مجهول
 وان كان أكثر منه يلزم
 الجحالة أيضاً لأن القدر
 الزائد على الخسين من
 الظرف ليس بمبيع فان كان
 كذلك كأن طرح الخسين
 بوزن كل طرف شرطاً
 لا يقتضيه العقد فأفسده
 بخلاف الصورة الثانية
 حيث جاز العقد لأن طرح
 قدر الوزن شرط يقتضيه
 العقد لأن الظرف ليس
 بمبيع فيخرج بوزنه والشرط

لا يزيد إلا أن كيل الحكم العقد ووضع المسئلة فيما إذا باع كل رطل منه بكذا كذا قالوا اه (قوله ويطرح
 عنه) أي يطرح البائع عن المشتري اه اتقاني (قوله يحتمل أن يكون أكثر من الظرف أو أقل) أي فيكون المبيع مجهولاً وجهاته
 تفسد البيع اه (قوله في المتن وان اختلفا في الرق الخ) هذه من مسائل الجامع الصغير وصورته فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة
 في رجل اشترى من رجل السمن الذي في هذا الرق كل رطل بدرهم فوزنه له السمن والرق فبلغ مائة رطل وقبضه المشتري ثم جاء فقال
 وجدت الثمن تسعين رطلاً والرق هذا وزنه أرطال لم يكتب الحشى وكتب مائة رطل ومسألة الاختلاف في الرق ذكرها الشارح في الدعوى
 فراجع الحاشية التي في خيار الرق به عند قوله والمشتري لو في الرؤية قائم اتلحق بهذا الحل وهي نقل عن الكمال اه (قوله فقال البائع
 الرق غير هذا وهو كان خمسة أرطال) أي فالقول للمشتري مع عيبه اه (قوله وقال لا يجوز) أي ومالك والشافعي وأحمد اه (قوله
 ولا ينيضة أنا لو كبل أصل الخ) ولا ينيضة أن الشراء والبيع وجد من النص في وهو أهل لبائنه بذلك غاية ما في الباب أن حكم
 التصرف وهو ملك الثمن أو المبيع يثبت للموكل حكم التصرف الوكيل لا قصد الان التوكيل بالشراء والبيع الخ لم يكتب الحشى

(قوله ثم تصدق بمن الخ) قال الكمال وقد روي عن أبي حنيفة أن هذه الوكالة تكرر أشد ما يكون من الكراهة وهي ليس الا كراهة التحريم فاي فائدة في الصحة اه (قوله منها أن رجلا لوطي كل عن غيره بشراء عبد الخ) وفي الخبر بانه المريض مرض الموت لو باعه بما يتعاقب في مثله وعليه من مستغرة لا يجوز ومن وصيته يجوز ذلك بعدموته وكذا لا يتبع الام عروضا والولد وصيها يبيع العروضا التي هي من ميراثها اه دراية وقد قالوا لا يجوز بيع العبد (٥٧) الا بقا ويجوز التوكيل ببيعه

اه سراج وهاج وقسوله ويجوز التوكيل ببيعه ولا يبيعه الوكيل الا بشرط اه (قوله كاشتراط التدبير والاستيلاء الخ) قال الاتقاني رحمه الله قال في شرح الطحاوي اذا كان في الشرط منفعة للعقد عليه وهو من أهل الخصومة نحو أن يبيع عبدا أو جارية بشرط أن لا يبيعه ولا يهبه ولا يخرج به عن ملكه فان هذا الشرط فيه منفعة للعبد لان تداول الايدي يشق على العبد والجارية وكذلك ان اشترط التدبير والاستيلاء أو شرط العتق فالبيع لا يجوز ولكن المشتري لو أعتقه لم يفسد الثمن في قول أبي حنيفة وعند صاحبه يجب عليه القيمة وأجمعوا انه لو هلك في يده قبل الاعتراف بانه القيمة وكذلك لو باعه من رجل أو وهبه لرجل وجبت عليه القيمة ثم وجوب الثمن علامة الجواز وجوب القيمة علامة الفساد والحاصل عند أبي حنيفة أن العقد في ابتداء ينقصد على الفساد ثم ينقلب الى

بالاثر بان كان الذي فاسد فبات قبل أن يسبب الخسار بوجوب الخسار بوجوب الخسار وكذا اذا تخمر عصبه يبق على ملكه بخلاف توكيل المسلم المجوسي أن يزوج المجوسية لانه سفير ومعه فيه فيكون مضافا الى الموكل وبخلاف ما اذا اتهم كافر لمسلم خيرا لانه سفير كالزوج فيقع الملك فيه للمسلم ابتداء وحقوقه راجعة اليه ثم تصدق بمن الخ) قال الكمال باعها الوكيل له لتمكن الخبث فيه لقوله عليه السلام ان الذي حرم بيعه حرم شراءه او كل غش في التوكيل بشراء الخسار على كمالها كما في جلالها لانه منع عن الانتفاع بعينها وله أن يتصرف فيها على وجه يتوصل به الى الانتفاع بها كما اذا ورثها أو تخمر عصبه وعليه ثمنه يدفعه الى الوكيل لا انتقال الملك اليه من جهة حكمه فيلزمه البدل وان كان خنزير ابيسيه وقوله لما لا ولاية للموكل في هذا التصرف فكذا وكيه منقوض بمسائل منها ان رجلا لوطي كل عن غيره بشراء عبد بعينه لا علك أن يشتريه لنفسه فلو وكل من يشتريه له فاشتراه له ملكه ومنها اذا مات ذمي وخلف خرا يأمر القاضي ذميا ببيعها وان لم يملك بيعها هو ومنها لو كان مسلم وصيا لذي وليت خرا بأمر الوصي المسلم ذميا ببيعها وان لم يملكه هو وأما نكاح المجوسية فلا تنال المسلم لانه لا يملكه ابتداء ولا بقاء فلا يمكن اثباته له حكم التصرف بخلاف ما نحن فيه على ما بينا ولان المقصود من البيع الملك والمسلم أهل للملكهما والمقصود من النكاح الحل ولا يقيده الحل فيلغو قال (وأمة على أن يعتق المشتري أو يدبر أو يكتب أو يستولد) أي لا يجوز بيع أمة على أن يفعل بها المشتري شيئا من هذه الاشياء لانه عليه السلام عن بيع بشرط والاصل فيه أن كل شرط لا يقتضيه العقد وهو غير ملائم له ولم يرد الشرع بجوازه ولم يحزن التعامل فيه وفيه منفعة لاهل الاستحقاق مفسد لما روي ان شرط فيه ما يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري أو شرط فيه الملايم للعقد كالرهن والكفالة جاز لانهم لا يثقون به والتأكيدها جانب الاستنفاء والمطالبة لان استيفاء الثمن يقتضي العقد ومثله كده ملائم له اذا كان معلوما بان كان الرهن والكفالة معينين أو شرط فيه ما ورد الشرع بجوازه كالخيار والاجل أو شرط فيه ما جرى التعامل بين الناس كشرط النعل على أن يحذوها البائع أو يشركها أو شرط فيه ما لا منفعة فيه لاهل الاستحقاق وأهل الاستحقاق هو البائع والمشتري والمبيع الأدي والاجني لا يفسد البيع لورود الشرع به أو التعامل أو لكونه ملائما وما عدا ذلك من الشروط مفسد لما فيه من زيادة عريضة عن العوض فيفضي الى الربا ولانه يقع بسببه المنازعة فيعبرى العقد عن مقصوده لان المقصود من شرع الاسباب في المعاملات قطع النزاع ليختص به المبادر للسبب وقال الشافعي يجوز البيع بشرط الاعتراف وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة لان بيع العبد نسمة متعارف في الوصايا ونفسه مقلنا ولما انه لا يقتضيه العقد اذ هو يقتضي الاطلاق وأي تصرف فامعينا فاشترط مثله فيه مفسد له كاشتراط التدبير والاستيلاء والكتابة فيه وتفسير بيع النسمة أن يبيعه ممن يعرف أنه يعتقه كما اذا باعه ممن يطلب رقبته للاعتاق عن كفارة أو نذر وقيل تفسيره أن يعده المشتري قبل الشراء ثم يشتريه من غير شرط في العقد ولو أعتقه المشتري جاز البيع عند أبي حنيفة رحمه الله ويجب عليه الثمن وقال لا يجب عليه القيمة وهو القياس لان شرط الاعتراف مفسد فتحقيقه تقر بالفساد لا رفع له كسائر الشروط المفسدة فصار كما اذا

(٨ - زيلعي رابع) الجواز بالعتق وعندهما لا ينقلب وعليه القيمة الى هنا لفظ الامام الاسيماي وقال في التحفة لو أعتقه قبل القبض لم يفسد عتقه وان أعتقه بعد القبض عتق فانقلب البيع جائزا استحسانا في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا ينقلب العقد جائزا اذا أعتقه حتى تجب عليه قيمة العبد وروي عن أبي حنيفة مثل قوله ما كذا في التحفة اه (قوله ولو أعتقه المشتري جاز البيع) يعني لو باع عبد بشرط أن يعتقه المشتري لا يجوز فلو أعتقه المشتري ينقلب البيع جائزا عند أبي حنيفة اه

البيع على المشتري اه غايه (قوله أو ثوبا على أن يقطعه) قال الكمال قوله ومن اشترى ثوبا على أن يقطعه البائع ويخطه فيصا
أوقبا فالبيع فاسد باجتماع الأربعة لانه شرط لا يفتقر فيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه يصير صفقتين في صفقة على
ما هو من امتناع الصفقتين في صفقة الآن هذا على تقدير واحد وهو كون الخطا يفتقر بقاءها شيء من الثمن فهو شرط اجارة في بيع وما تقدم
كان كذلك على ذلك التقدير وعلى تقدير عدم المقابلة يكون اعارة في بيع اه وكتب مانصه وقال في الفتاوى الصغرى اذا قال لا خرب
عبدك من فلان على أن الثمن على والعمد فلان حكى عن أبي الحسن الكرخي أنه يجوز ولكن هذا خلاف ظاهر الرواية واستبعده أبو
بكر الخصاص اه غايه (قوله ولانه ان كان بعض الثمن بمقابلة العمل المشروط) أي وهو استخدام البائع المبيع وسكناء فيها اه (قوله
ولان الاجل يختص بالدينون) هذا تعامل بقوله أو يسلم الى كذا يعني لو باع عينا على أن لا يسلمها ياها الى رأس الشهر فالبيع فاسد اه
قال الاتفاقى واحترز بالعين عن المبيع اذا كان دينيا كالمسلم فيه فان الاجل فيه صحيح اه (قوله حتى يتمكن من التحصيل) أي بخلاف
المبيع العين فانه معين حاضر فلا فائدة في الزامه تأخير تسليمه اذ فائدته الاستحصال (٥٩) به وهو حاصل فيكون اضرا

بالبائع من غير نفع للمشتري
اه كمال (قوله في المتن
وصح بيع نعل الخ قدمشى
القدورى على أن البيع
فاسد قال صاحب الهداية
ما ذكره معنى القدورى
جواب القياس اه وكتب
مانصه قال الكمال المراد
اشترى أدعى على أن يجعله
البائع نعلاله فاطلق عليه
اسم النعل باعتبار أوله اليه
ويمكن أن يراد حقيقة أى
نعل رجل واحدة على أن
يخذه هو أى يجعل معها مثالا
آخر ليتم نعل الرجلين ومنه
حدوث النعل بالنعل أى
قدرته بمثل قطعه وبديل
عليه قوله أو يشركه فجعله
مقابلا لقوله نعلولا ومعنى
لان يشترى أدعى على أن

أو ثوبا على أن يقطعه البائع ويخطه فيصا) لان هذه الشروط لا يتضمنها العقد وفيه منفعة لاحدهما
فيفسد ولانه ان كان بعض الثمن بمقابلة العمل المشروط فهو اجارة مشروطة في بيع وان لم يكن بمقابله
شيء فهو اعارة مشروطة فيه ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن صفقة في صفقة ولان الاجل يختص
بالدينون لانه شرطه حتى يتمكن من التحصيل به دون الاعيان اذ هي حاصلة متمسكة بالعقد فلا حاجة
فيها الى التأجيل فيكون اشتراطه مفسدا له قال (وصح بيع نعل على أن يخذه أو يشركه) وقال زفر
رحمه الله لا يجوز وهو القياس لان فيه شرط لا يقتضيه العقد وجه الاستحسان أن الناس تعاملوه
ومثله ترك القياس ولهذا أجزأ الاستصناع واستجار الصباغ والظفر والحمام وان كانت اجارة على
استهلاك الاعيان قال (لا يبيع الى السرور والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود ان لم يدر
المتعاقدان ذلك) يعني لا يجوز البيع الى هذه الا جال لانها مجهولة فتفتى الى المازعة وقالوا اذا باع
الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم جاز لان مدة صومهم بالايام وهى معلومة قال (والى قدوم
الحاج والحصاد والقطاق والدياس) أى لا يجوز البيع الى هذه الا جال لانها تامة قدوم وتأخر فتكون
مجهولة وهذا لان هذه الاشياء افعال العباد فتثبت بحسب ما يبدولهم والاحال شرعت بالاوقات
قال الله تعالى يستألفونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس وكذا الى الجزا ما ذكرنا وهو جزا الصوف
وكذا الى الجذا وهو بالذال المعجمة عام في قطع التمارو بالمهمل خاصة في النخل والحصاد بفتح الحاء
وكسر هاء قطع الزرع ومثله القطاف وقريه ما في قوله تعالى وآتوا حقه يوم حصاده والقطاف قطع
العنب من الكرم والدياس أن يوطئ الطعام الدواب قال (ولو كفل الى هذه الاوقات صح) لان هذه
جهالة نسبية وهى تختم في الكفالة لكونها تبرز عافيجبرى التسامح فيها بخلاف البيع فانه مبادلة
المال بالمال فيكون مبناه على المما كسة والمضايقة فاذا كانت يسيرة أمكن دفعها باقضاها بخلاف
ما اذا كانت فاحشة كالكفالة الى هبوب الريح لان الكفالة تشبه النذرا ابتداء لكونها التزاما محضا

يجعل له شرا كافلا بدأن يرد حقيقة النعل اه (قوله ولهذا أجزأ الاستصناع) أى مع انه بيع المعدوم اه فتح (قوله في المتن
لا يبيع الى السرور والمهرجان) قال الكمال هو يوم في طرف الربيع وأصله نور وزعرب وقد تكلم به عمر رضى الله عنه فقال كل يوم
لنا نور وزحين كان الكفار يتجهجون به والمهرجان يوم في طرف الخريف معرب مهر كان وقيل هما عيدان للجوس اه (قوله لا يجوز
البيع الى هذه الا جال لانها مجهولة) أى عندهما ومعرفة غيرهما لا تعتبر لان الاجل حق لهما فاذا عرف ذلك جاز لا ارتفاع الجهالة لانه
معلوم عندهما اه غايه (قوله وهى معلومة) أى وهو خمسة وخمسون يوما اه فتح (قوله لا يجوز البيع الى هذه الا جال) أى
لجهالة الاجل وعلم بهذا التعليل أن المراد بالموجل هنا هو الثمن لا المبيع لان محجرتا جيل المبيع مفسدولو كان الى أجل معلوم فلا يناسب
تعليل فساد تأجيل المبيع لجهالة الاجل فانه الكمال ثم قال واعلم أن كون التأجيل في الثمن يصح اذا كان الاجل معلوما هو في الثمن الدين
أما لو كان الثمن غيرا ففسد البيع بالاجل للمعنى الذى ذكرنا مفسدا لتأجيل المبيع اه والدياس وأصله الدواس بالواو ولانه من الدوس
قلبت الواو ياء لكسرة قبلها اه كمال (قوله المما كسة) المما كسة استنقص الثمن اه فتح (قوله بخلاف ما اذا كانت فاحشة كالكفالة
الى هبوب الريح) قال غير الدين فاضيقان في شرح الجامع الصغير ولو كفل الى هذه الاوقات يجوز لان الكفالة عقد تبرع ومبى التبرع

على اناسهم لتوليها اصحت الكفالة بالجهول بان قال ماذا بطل على فلان فعلى الجهالة الاجل فيها اذا كانت يسيرة مستدركة لا تمنع صحة الاجل ولو كانت غير مستدركة كالكفالة الى هوب الرجح او الى ان تنظر السمما صحت الكفالة ولا يصح الاجل ويكون حالا اه غايه (قوله لانه في أحد العوضين) وروى (٦٠) علماء الدين العالم في طرقه اختلاف في أول كتاب البيوع أن يبيع

من غير أن يقابل الشيء في النذر تحمل الجهالة وان كانت فاحشة وهي معاوضة انما باعتبار الرجوع على المكفول عنه ولا تحمل الجهالة في المعاوضات وان كانت يسيرة فعملنا بالشبهين في الحاليين ألا ترى أن الجهالة في الكفالة تفعل في أصل الدين حتى لو تكفل بمائة على فلان صح بالوصف وهو الاجل أولى بخلاف البيع حتى لا يصح بمن مجهول أصله فكذلك في وصفه قال (ولو أسقط الاجل قبل حلوله صح) أي لو باع الى هذه الأجل ثم أسقط المشتري الأجل قبل أن يأخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جازا البيع وقال زفر والشافعي رحمه الله لا يجوز لأن العقد انعقد فاسدا فلا يتقلب صحه باسقاط الفساد كما اذا أسقط الدرهم الزائد عن بيع الدرهم بالدرهمين وكما اذا تزوج امرأته الى عشرة أيام ثم أسقط الاجل وانما أن الفساد شرط خارج عن صلب العقد وهو يسير ولهذا اختلاف الصحابة فيه فينقلب صحه باسقاطه أو نقول ان العقد موقوف على الاسقاط تبين انه كان جائزا على ما قاله المشايخنا هو الصحيح لان فساد ما اعتبره يفضي الى المنارعة وقبل مجيئه لا منارعة فلا يفسد والاول قول مشايخ العراقي وعلى هذا اختلاف كل عقد يتقلب صحه باسقاط الفساد يتعقد فاسدا عنددهم وموقوف عند مشايخنا بخلاف الدرهم الزائد لان الفساد فيه في صلب العقد لانه في أحد العوضين وبخلاف الاجل في الشكاح لانه عقد غير شكاح وهو المتعة والعقد لا يتقلب عقدا آخر وقوله ولو أسقط الاجل قبل حلوله أي وأسقطه من له الحق فيه وهو المشتري لان الاجل حقه فينقضي باسقاطه ولا يشترط فيه التراضي وقول القسود في يختصره فان تراصيا باسقاط الاجل وقع اتفاقا لا يخرج الشرط لان رضاه من له الحق يكفي ولو باع مطلقا ثم أحجل الثمن الى هذه الاوقات جاز لانه تأجيل الدين والجهالة في تأجيل الدين متعملة لخلو العقد عن الفساد بخلاف ما اذا كانت في العقد لان الجهالة مقارفة له فيفسد قال (ومن جع بين حر وعبد أو بين شاهذ كية وميتة بطل البيع فيما وان جع بين عبد ومذبر أو بين عبده وعبد غيره أو بين ملك ووقف صح في القن وعبداه والمالك) أما الاول فالماذ كور على اطلاقه قول أبي حنيفة وعندهما ان بين ثمن كل واحد منهما جاز في العبد والذ كية والافلا لانه اذا بين ثمن ما صار اصفقتين فيفسد الفساد بقدر الفساد بخلاف ما اذا لم يسم لكل واحد منهما لانه يبقى بيا بالخصصة ابتداء وهو لا يجوز له أن الصفة متحدة فلا يمكن وصفها بالصحة والفساد قبيطل وهذا لان الحر والميتة لا يدخلان في العقد لعدم شرطه وهو المالك فيكون قبول العقد في الحر والميتة شرطا لجواز العقد في العبد والذ كية فيبطل وأما الثاني فهو قول علماء الثلاثة وقال زفر لا يصح لان محل العقد المجموع ولا يتصور ذلك لاتقاء الخلية في المذبر ونحوه كام الولد والمكاتب وقد جعل قبول العقد فيه شرط الصحة العقد في المال فيفسد كالفصل الاول والفرق بين الفصلين لابي حنيفة مطلقا واليهما اذا لم يفصل الثمن أن المذبر ونحوه يدخل تحت البيع ثم ينقض في حقه فينقسم الثمن عليهما حالة البقاء وهو غير منسود وفي الفصل الاول الحر ونحوه لا يدخل في البيع أصلا فجازا البيع فيما ضم اليه لكان بيا بالخصصة ابتداء فلا يجوز لجهالة الثمن عند العقد بخلاف الشكاح حيث يجوز شكاح الخلية فيما اضم اليها الحرمة فعقد عليهم اجملة لان الشكاح لا يبطل بالشرط الفاسدة ولا لجهالة المهر فيكون صحه والدليل على أن المذبر وأم الولد والمكاتب وعبد الغير يدخل في البيع أن القاضي لو قضى

الدرهم بالدرهمين والفقير بالفقيرين فاسد مذهب مالك عند اتصال القبض به كالبيع بمن مجهول والبيع الى أجل مجهول اه غايه (قوله ولو باع مطلقا ثم أحجل الثمن الى هذه الاوقات تبين انه كان جائزا) قال الكل بخلاف ما اذا باع مطلقا أي عن ذكر الاجل حتى انعقد صحه ثم أحجل الثمن الى هذه الاوقات فإنه يجوز التأجيل بعد الصحة كالكفالة يتحمل الجهالة اليسيرة لانه حينئذ تأجيل دين من الدين بخلافه في صلب العقد لانه يبطل بالشرط الفاسد وقبول هذا لا جال شرط فاسد اه (قوله في المذن ومن جع بين حر وعبد أو بين شاهذ كية وميتة الخ) قال صاحب الهداية ومترولا التسمية عامدا كلمته اه فان قلت مترولا التسمية عامدا مجتمد فيه لانه يحمل عند الشافعي فكان ينبغى أن يكون حكمه كاللذبر قلت ذلك لانه لم يعتد براحتها لكونه مخالفا لنص كتاب الله وهو قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه

فكان مترولا التسمية كلمته اه اتفاقا (قوله ولما انا صفة متحدة) أي بدليل انه لا يحمل القبض في أحدهم مادون الآخر اه غايه (قوله وأما الثاني الخ) يريد الثاني ما اذا جع بين عبده ومذبر لا ما اذا جع بين عبده وعبد غيره فإنه لا خلاف لفرقه فكان على الشارح أن يفصل نكته أخذ عبارة الهداية وفيها ما فيها اه (قوله والدليل على أن المذبر وأم الولد والمكاتب وعبد الغير يدخل في البيع) اعلم أن بيع المذبر وأم الولد لا يجوز عندنا وقد مر بيانه في أول هذا الباب ما اذا قضى

القاضي يجوز بيع المدبر بنفسه فضاءه لان قضاء القاضي ينفذ اذ لم يكن ثمة نص أو إجماع بخلافه أما اذا قضى القاضي بجواز بيع أم الولد فهل ينفذ أم لا وهذه المسئلة كانت مختلفا في الصدر الاول وكان عمر رضي الله عنه لا يجيز بيعها وكان على يجيز بيعها ثم أجمع التابعون على عدم جواز البيع فيها فان قضى القاضي بعد ذلك بجواز بيعها هل يقع ذلك في موضع الإجماع أو في موضع الخلاف وذلك بناء على أن الإجماع المتأخر هل يرفع الخلاف السابق أم لا فعند البعض لا يرفع الخلاف السابق ولا ينعقد هذا الإجماع وعندنا ينعقد هذا الإجماع و يرفع الخلاف السابق وقد استدل صاحب المقوم على هذا بقوله وقد روى محمد بن الحسن عنهم جميعا أن القاضي اذا قضى ببيع أم الولد لم يجز وقد اختلف فيها الصدر الاول لان الخلاف بعدهم أجمعوا على أنه لا يجوز ولو بقي قول الماضي معتبرا كأنه حتى نفذ قضاء القاضي بما اختلف فيه الفقهاء الى هنا لفظ المقوم وقال في فصول (٦١) الاستروشي وفي القضاء بجواز بيع

أم الولد روايات وأظهرها أنه لا ينفذ وفي قضاء الجامع أنه يتوقف على امضاء قاض آخر ان أمضى ذلك القاضي نفذ وان أبطل بطل وهذا الوجه الاقوال الى هنا لفظ الفصول اه اتقاني (قوله وقد روى محمد بن الحسن عنهم) أي عن أبي خنيفة وأصحابه اه
فصل لما ذكرنا بيع الفساد ذكر حكمه عقبه لان حكم الشيء أثره وأثر الشيء يتبعه وجوده فكنا تبعه ذكرنا طلبا للناسبة اه غاية (قوله) وكل من عوضه مال ملك المبيع الخ) ومعهم اذ لم يكن فيه خيار شرط لان ما فيه من الصحيح لا يملك بالقبض فكيف بالفساد ولا يخفى أن لزوم القيمة عيناً انما هو بعد هلاك المبيع في يده أما مع قيامه

يجوز بيع المدبر وأم الولد ينفذ وفي المكاتب ينفذ برضاها في الاصح وفي عبد الغير باجازه مولاه ولو لا أنهم مال ولم يدخلوا في العبد لما نفذ كافي الحر والميتة وانما يخرجون من العقد بعد الدخول لاستحقاقهم أنفسهم في المدبر وأم الولد والملك في عبد الغير لا جمل مولاه فلا يكون بيعه بالخصصة ابتداء بل في حالة البقاء فلا يفسد وفيما اذا جاع بين ملك ووقف وروايتان في رواية يفسد في الملك لان البيع لا ينعقد على الوقف لانه صار محررا عن الملك والملك فصار كالوجه جمع بين حر وعبد ذكره الفقيه أبو الليث في نوازله والاصح أنه يجوز في الملك لان الوقف مال ولهذا ينتفع به انتفاع الاموال غير أنه لا يباع لأجل حق تعلق به وذلك لا يوجب فساد العقد فيما ضم اليه كالتدبر ونحوه بخلاف المسجد حيث يبطل العقد فيما ضم اليه لانه ليس بمال ولهذا لا ينتفع به انتفاع الاموال فصار كالحر ولو باع قرية ولم يستثن المسجد والمقابر لم يفسد لما ذكرنا وقال في المحيط قيل يصح في الملك وهو الاصح لان البيع ينعقد على الوقف لانه مال مقوم لأثره يضمن بالاتلاف وهذا مشكل فان المسجد كالحرة على ما بينا فكيف يجوز البيع فيما ضم اليه ولا يبطل لهذا الا اذا جعل استثناء المسجد فيكون كنه باعه غير مواضع المساجد والله أعلم
فصل (قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد باهر البائع وكل من عوضه مال ملك المبيع بغيره) معناه انه اذا قبضه ملكه ولم يمتد له قيمته اذا كان القبض باهر البائع وفي العقد عوضان وكل واحد منهما مال ذكر في القبض لانه قبله لا يفسد الملك وذكر البيع الفساد احتراز عن الباطل فانه لا يفسد الملك بشرط أن يكون القبض باهر البائع والمراد به انه لا يفسد لانه يفسد الملك على ما عرف ولا بد له من إذن صريح بعد الاتفاق وقبله في المجلس بكتفي بالدلالة لان البيع تسليط منه على القبض اذ مراده أن يملك المشتري ولا يكون ذلك الا بالقبض فكان ذلك تسليطاً منه عليه كما في الهبة بخلاف البيع الصحيح فان الإيجاب فيه لا يكون تسليطاً منه على القبض لان مقصوده وهو التملك يحصل بدونه فلا حاجة الى إثباته هذا اذا لم يقبض البائع الثمن أو قبضه وهو مما لا يملك بالقبض كالنحر والخنزير وان كان مما يملك به وقبضه كان اذ انما به القبض دلالة فلا يحتاج فيه الى التصريح به وان كان بعد المجلس وشرط أن يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليعتقد ركن البيع وهو مباداة المال بالمال ليخرج عنه البيع بالميتة ونحوه والبيع مع نفي الثمن في رواية بخلاف البيع مع السكوت حيث ينعقد فاسدا في يده قالوا بوجه بعينه اه كمال (قوله لانه قبله لا يفسد الملك) أي بالاتفاق اه غاية (قوله والمراد به انه) ثم الاذن قد يكون صريحا وقد يكون دلالة فالاول كما اذا قبضه المشتري باذن البائع صريحا بان يأمره بالقبض سواء قبضه بحضوره أو غيبته والثاني كما اذا قبض المشتري عقب البيع ولم يوجد الثمن من البائع فيملكه أيضا كما اذا وجد الاذن صريحا استخفا اه اتقاني (قوله والبيع مع نفي الثمن) في رواية قال الولي الخ في فتاواه اذا باع بغير ثمن فيه روايتان في رواية ينعقد وفي رواية لا ينعقد وأجمعوا أنه اذا سكنت عن ذكر الثمن ينعقد الى هنا لفظه رحمه الله وقال في الايضاح لو باعه وسكت عن ذكر الثمن فالبيع ينعقد ويثبت الملك اذا اتصل به القبض لان مقتضى البيع يقتضي المعاوضة بالقيمة فاذا سكنت عن الثمن كان عوضه قيمته فيه صير كأنه قال بعث بالقيمة وهكذا جميع البيعات الفاسدة تكون مضمونة بالقيمة بخلاف ما اذا قال بعث بغير ثمن لانه لما نفي الثمن لم يمكن إثبات المعاوضة بمقتضى البيع لانه لا عبرة للمقتضى مع التصريح بخلافه واذا ثبتت المعاوضة لم يكن بيعا وقال في التحفة لو قال بعث منك هذا العبد ولم يذكر الثمن ينعقد البيع بالقيمة

ولو قال بعث منك هذا العبد بغيره فكذلك وقال صاحب الايضاح لو قال أبيعك بالنكبة أو بالريح لم يملك بالقبض لانه لم يسم مالا اه
 اتقاني (قوله ملك المبيع بغيره الخ) ولو زادت قيمته في يده فأنفقه لانه انما دخل في ضمانه بالقبض فلا يتغير كالغصب اه كمال (قوله
 وان كان من ذوات الامثال ملكة مثله الخ) قال الكمال ومنها أي ذوات الامثال العسديات المتقاربة ثم قال والقول في القيمة والمثل قول
 المشتري لانه الضامن فالقول له في القدر والبيئة فيه بينة البائع اه (قوله كافي الغصب) أي وانما لم يلزم الثمن حتى لا يلزم تقرير البيع
 الفساد اه اتقاني (قوله لا يحل له وطؤها) عزاء الاتقاني الى شرح الطحاوي ثم قال وذ كرمش الاثمة الخواني يكره الوطء ولا يحرم
 كذا في الفتاوى الصغرى فعلى هذا يحمل على عدم الطيب ماذ كره في شرح الطحاوي من عدم الحبل اه (قوله ولو لم يملك الحبل) قال
 الفقيه أبو الليث هذا ليس بصحيح بل المشتري يملك عين المبيع في قول علمائنا اه اتقاني (قوله وكذا لو اشترى دارا شرافا فاسدا) أي
 وبقضها اه اتقاني (قوله وكذا لو اشترى جارية) أي فقبضها اه اتقاني (قوله وانما لم يحل له التصرفات من الوطء والاكل) قال
 الاتقاني نقلا عن الفقيه أبي الليث (٦٣) وانما لم يحز المشتري أن يطأها لانه وجب عليه ردها كيلا يكون مصرا على

وقوله ملك المبيع بغيره يعني قيمته يوم القبض لانه به دخل في ضمانه وعند محمد تعتبر قيمته يوم أنفائه
 لانه به يتقرر عليه اذا كان المبيع من ذوات القيم وان كان من ذوات الامثال ملكة مثله اذ هو لا يعدل
 لكونه مثله صورة ومعنى فلا يعدل عنه مع امكانه كافي الغصب وهـ ذاعلى قول مشايخ بلج وقال
 مشايخ العراق لا يملك العين وانما يملك فيها التصرف خاصة بحكم تسليط البائع عليه استدل الا بما قال
 محمد رحمه الله واغاجاز بيعه لان البائع سلطه على ذلك وقال أيضا من اشترى دارا شرافا فاسدا فلا شفعة
 لا شفيع فيها ولو ملكها المشتري لاخذها الشفيع وكذا لو اشترى جارية لا يحل له وطؤها ولو وطئها لم يجب
 عليه العقر اذ اوقع الفساد وردها الى البائع ولو ملكها الحبل وليجب العقر لانه قد عتقه كالأمة
 الموهوبة يحل له وطؤها ولا يجب عليه العقر اذ ارجع الواهب فيها وكذا لو ربح المشتري فيها لا يطيب له
 الربح ولو ملكها الطاب وكذا لا يحل له أكل طعام اشترى فاسدا ولو لم يملك الحبل وجه القول الاول وهو
 الاصح أن الاب أو وصيه لو باع عبدا للغير بيعا فاسدا فاعتقه المشتري نقد عتقه وكان الولاء له ولو لم
 يملكه انتد لان الاب أو وصي لا يملك الا عتق ولا تسليط عليه وكذا لو اشترى دارا شرافا فاسدا
 فبيعت بغيره اذ أخذها المشتري بالشفعة ولو لم يملكه كمال استحق الشفعة وكذا لو اشترى جارية وردها
 على البائع يجب عليه الاستبراء ولو لم يخرج عن ملكه لم يجب وانما لم يحل له التصرفات من الوطء
 والاكل ولم يجب الشفعة فيها لان الاشتغال بالوطء ونحوه اعراض عن الرد وهو واجب شرعا في قضاء
 القاضي بالشفعة تأكيده الفساد وتقريره وما ذكره محمد رحمه الله من التسليط لا يدل على انه لا يملكه
 اذ المشتري يتصرف في المبيع بتسليط البائع بسبب ملكه اياه وقال الشافعي رحمه الله لا يملك بالفاسد
 العين ولا التصرف وان قبضه لانه محظور اذ كونه منهي عنه والنهي يقتضي التحريم والملاك نعمة لكونه
 ذرية الى قضاء المالك ربه ووسيلة الى تحصيل المطالب فلا يناط به اذ لا يلازمه والملازمة شرط بين الاثر
 والمؤثر ولان النهي نسخ للمشروعية للتضاد بين كونه مشروعا وبين كونه منهي عنه لان النهي يقتضي
 قبحه والمشروعية تقتضي حسنه وبينهما تناف فكان باطلا لا ترى أنه لا يقيد قبل القبض وبه تردد

العصمة فاشتغال بالوطء
 اعراض عن الرد فلهذا
 المعنى لم يحز وطؤها لعدم
 الملك وانما لم يجب فيها
 الشفعة لان حق البائع لم
 ينقطع عنها اه (قوله
 والنهي يقتضي التحريم
 والملاك نعمة الخ) قال
 الكمال وجه الله قوله نعمة
 الملك لان المال محظور فلهذا
 ممنوع على ما وضعه الشرع
 مبيعا بحكم النهي عنه
 على وضع خاص ففعل مع
 ذلك الوضع رأينا من الشرع
 أنه أثبت حكمه وانما أصله
 الطلاق وضعه لازالة
 العصمة ونهى عنه بوضع
 خاص وهو ما اذا كانت المرأة
 حائضا غير أنباء أثبت حكم
 طلاق الحائض فأزال به
 العصمة حتى أمر ان عمر

بالمرأحة دفع العصمة بالقدر الممكن وأتم المطلق فصار هذا أصلا في كل سبب شرعي نهي عن مباشرة الحرم
 على الوجه القلاني لا يفسر معه يثبت حكمه ويقضى به اه (قوله ولان النهي نسخ للمشروعية) يعني يفيد استقامتها مع الوصف فنقول
 ما تريد بآية مشروعية السبب كونه لم يؤذن فيه مع ذلك الوصف أو كونه لا يقيد حكمه ان أردت الاول سائذا ومنعنا أنه مع ذلك لا يفيد
 حكمه مع الوصف المحقق للنهي كما أرينا من الشرع وان أردت الثاني فهو محل النزاع وهو حيث صادرة حيث جعلت محل
 النزاع جزء الليل لا يقال فلا فائدة للنهي حيث دللنا فأنه التحريم والتأنيب وهو موضع للنهي فانه للتحريم أو لكرهه التحريم اذ كان
 ظني الثبوت وهذا بخلاف ما اذا لم يكن الثابت ركن العقد بان لم يكن مالا بان عقد على الجرا والمينة لعدم الركن فلم يوجد السبب أصلا
 فلا يفيد الملك فوضعنا الاصطلاح على الفساد والباطل باعتبار اختلاف حكمهما تميزا فبينا ما لا يفيد حكمه باطلا وما يفيد فاسدا
 أخذنا من مناسبة لغوية تقدمت أول باب المبيع الفاسد ولا يخفى في حسن هذا التقرير ان شاء الله تعالى وكفايته اه وكتب ما نصه
 والمراد أن النهي يتضمن انتفاء المشروعية ولهذا أي كونه غير مشروع لا يفيد الملك قبل القبض ولو كان مشروعا لثبت قبله كافي

البيع الصحيح اه كمال (قوله فصار كالنسيئة) أى البيع بالخبر والخبر كل بيع بالمسيئة أو بالدم أو ببيع الخبر بالدرهم اه اتقاني (قوله) وانا ان ركن البيع صدر من أهله الخ) ولنا أن عائشة رضي الله عنها اشترت بريرة وشرطت الولاء لها وقبضتها فاعتقها فأجازها النبي صلى الله عليه وسلم وأمضى البيع فلم يصح البيع لم يجز رسول الله صلى الله عليه وسلم اعتاقها ولان البيع بالخبر والخبر بر من عقد لوجود الركن من الأهل مضافا إلى المحل أما الركن فقد حصل لوجود مبادلة المال بالمال وأما الأهل فلان العاقد حر عاقل بالغ وأما المحل فلان المبيع والثلث مال من وجه ليسلان طباع الناس إلى الخبر والخبر غير أنه ليس بمنعقد لاهانة الشرع فلما كان الثمن مالا من وجه دون وجه لم يبطل البيع بل فسد فكان أصل البيع منعقدا واشترط القبض لاثبات الملك لان السبب وجده عيضا فصار كالهبة وانما النهي ورد للمعنى في عين المبيع بل المعنى في غيره مجاور ولم يكتب المحشى (قوله وفيه الكلام) أى الكلام مقروض فيما إذا كان في العقد عوضان هما المالان اه كمال (قوله والنهي عن الأفعال الشرعية يقرر للمشروعية عندنا) قال الكمال رحمه الله فاما قول المصنف رحمه الله وغيره من المشايخ النهي يقرر للمشروعية لاقتضائه التصور يردون أن النهي عن الأمر الشرعي يقرر مشروعيته لان النهي عن الشيء يقتضى تصور النهي عنه والا لم يكن للنهي فائدة فليس بذلك لان كونه يقتضى تصور (٦٣) النهي عنه يعنى إمكان فعله مع الوصف المثير للنهي لا يفيد

الحرمة والفساد فاني ثبت له الملك فيه فصار كالنسيئة وبيع الخبر بالدرهم ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافا إلى محله فوجب القول باعتقاده ولا تخفاء في الأهلية والحلية ووركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام والنهي عن الأفعال الشرعية يقرر للمشروعية عندنا بخلاف النهي عن الأفعال الحسية لان النهي يقتضى التصور ولهذا لا يقال للأعنى لا تبصر ولا للانسان لا تنتظر لعدم التصور منه فاذا كان من شروطه التصور فتصور الأفعال الشرعية بالشرع فاذا لم تكن مشروعة لم تكن متصورة فيبطل النهي ان حقيقة النهي تصرف في المكلف بالمنع مع قيام النهي عنه وهو المحل على حاله فافتضى وجوده وجوده بالشرع فصارت مشروعة ضرورة صحة النهي والأفعال الحسية متصورة بذاتها فلا ضرورة إلى جعلها مشروعة وهذا بخلاف النسخ فانه تصرف في المحل بازائه من غير تعرض للمكلف فكانا في طرفي نقض فلا يمكن حمل أحدهما على الآخر لتحقيق هذا أن النهي عن العقود الشرعية لا يخرجهما من أن تكون مشروعة وانما يحرم مباشراتها وتحصيل الحكم بذلك السبب مع بقاء سببها عندنا كما اذا كان النهي لمعنى في غيره كالبيع عندنا ان الجمعة فانه مشروع على حاله مفيد لحكمه غير أنه محظور ولا يقال البيع عندنا ان منهي عنه لغيره وفيما نحن فيه لمعنى في نفسه فلا يقياس عليه ما ليس فيه معناه لانا نقول النهي فهم ما لمعنى في غيره لكن ذلك الغير في المستشهد به من فصل عنه مجاور له وفيما نحن فيه متصل به وصفا فكان النهي فيهما لمعنى في غيره ألا ترى أنه لو لا الشرط لجاز الاعتقاد غاية الأمر أن الوصف أقوى اتصالا من المجاورة وذلك لا يوجب عدم المشروعية فكان مشروعا بذاته غير مشروع بوصفه وظهر أثر القوة في انعقاده فاسدا لا يفيد الملك الا بالقبض وهذا لانه لو أوجب الملك قبضه لثبت بلا عوض اذ المسمى لا يجب الفساد وضمان القيمة لا يجب الا بالقبض ولانه واجب الرفع بعد القبض للفساد المتصل به فوجب الامتناع عن المطالبة أولى وذلك لعدم الملك ولان ثبوت الملك به قبل القبض يؤدي إلى تقرير الفساد من

الحرمة والفساد فاني ثبت له الملك فيه فصار كالنسيئة وبيع الخبر بالدرهم ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافا إلى محله فوجب القول باعتقاده ولا تخفاء في الأهلية والحلية ووركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام والنهي عن الأفعال الشرعية يقرر للمشروعية عندنا بخلاف النهي عن الأفعال الحسية لان النهي يقتضى التصور ولهذا لا يقال للأعنى لا تبصر ولا للانسان لا تنتظر لعدم التصور منه فاذا كان من شروطه التصور فتصور الأفعال الشرعية بالشرع فاذا لم تكن مشروعة لم تكن متصورة فيبطل النهي ان حقيقة النهي تصرف في المكلف بالمنع مع قيام النهي عنه وهو المحل على حاله فافتضى وجوده وجوده بالشرع فصارت مشروعة ضرورة صحة النهي والأفعال الحسية متصورة بذاتها فلا ضرورة إلى جعلها مشروعة وهذا بخلاف النسخ فانه تصرف في المحل بازائه من غير تعرض للمكلف فكانا في طرفي نقض فلا يمكن حمل أحدهما على الآخر لتحقيق هذا أن النهي عن العقود الشرعية لا يخرجهما من أن تكون مشروعة وانما يحرم مباشراتها وتحصيل الحكم بذلك السبب مع بقاء سببها عندنا كما اذا كان النهي لمعنى في غيره كالبيع عندنا ان الجمعة فانه مشروع على حاله مفيد لحكمه غير أنه محظور ولا يقال البيع عندنا ان منهي عنه لغيره وفيما نحن فيه لمعنى في نفسه فلا يقياس عليه ما ليس فيه معناه لانا نقول النهي فهم ما لمعنى في غيره لكن ذلك الغير في المستشهد به من فصل عنه مجاور له وفيما نحن فيه متصل به وصفا فكان النهي فيهما لمعنى في غيره ألا ترى أنه لو لا الشرط لجاز الاعتقاد غاية الأمر أن الوصف أقوى اتصالا من المجاورة وذلك لا يوجب عدم المشروعية فكان مشروعا بذاته غير مشروع بوصفه وظهر أثر القوة في انعقاده فاسدا لا يفيد الملك الا بالقبض وهذا لانه لو أوجب الملك قبضه لثبت بلا عوض اذ المسمى لا يجب الفساد وضمان القيمة لا يجب الا بالقبض ولانه واجب الرفع بعد القبض للفساد المتصل به فوجب الامتناع عن المطالبة أولى وذلك لعدم الملك ولان ثبوت الملك به قبل القبض يؤدي إلى تقرير الفساد من

فقوله فتفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك يقال عليه ما تريد بنفس البيع الذي ليس فيه الوصف الذي هو متعلق النهي أو ما فيه ان قلت الذي ليس فيه سلمنا وبه تنال نعمة الملك لكن الثابت البيع الذي ليس كذلك وهو ما فيه الوصف المثير للنهي فلا تنال به نعمة الملك فيحتاج إلى ما قررناه من منع أن السبب اذا كان مع النهي لا يفيد الملك إلى آخر ما ذكرنا أو ما قوله انما المحظور ما يجاوره كافي البيع وقت النداء فالمراد أن يجمع بين ما نحن فيه وبين البيع وقت النداء في ثبوت الملك عند عدم كون النهي لعين النهي عنه كما اذا كان مع عدم ثبوت الركن والأفان النهي للمجاور يفيد الكراهة لا الخطر والنهي للوصف اللازم كالحج فيه يفيد الخطر الأني أقول وبالله التوفيق مع ذلك ان الخبر والخبر ليس أعمال في شرعنا فان الشارع أهانهم ما بكل وجه حتى لعن حاملها ومعتصمها مع أنها مفقودة حال الاعتصام بل الموجود حينئذية أن يصير خرابا بها أو أكل عنها وهي مال في شرع أهل الكتاب على زعمهم وحيث أمرنا أن نتركهم وما يدنون فقد أمرنا باعتبار بيعهم أياها أو بيعهم بها فاذا كان أحد العوضين خرابا أو خنزيرا في بيع المسلم فهو باطل لا يفيد الملك في البذل إلا خروان كان ثمتا وان كان في بيعهم -م فصحيح والله أعلم اه (قوله وظهر أثر القوة) أى أثر قوة الاتصال اه (قوله لا يفيد الملك الا بالقبض) صفة للسكر قبله وهو فاسد اه

(قوله لان البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض) أى فيكون الفسخ قبل القبض امتناعاً من الحكم اه اتقانى (قوله بأن كان راجعاً الى أحد البديلين) اذ صلة الشئ ما يقوم به ذلك الشئ وقيام البيع هو بالعوضين اه (قوله فكذلك ينفرداً أحدهما بالفسخ) أى بحضور صاحبه عندهما وعند أى يوسف يفسخ بحضور صاحبه وبغير حضرته نظيره يبيع درهم بدرهمين ويبيع ثوب بخمر اه اتقانى (قوله وان كان الفساد) أى غير قوى بأن كان ذلك الخ اه اتقانى (قوله فى المتن الآن يبيع المشتري أو يهب الخ) قال القدورى فى مختصره فان باع المقبوض باذن البائع المشتري شراء فاسداً نفذ ونس للبائع الأول الاسترداد قال أبو جعفر الطحاوى فى مختصره فان أخرجه يبيع أو تملك منه أياً غيره جاز ما فعل من ذلك وكن عليه قيمته يوم قبضه للبائع وجاهة القول فيه ما قاله فى شرح الطحاوى بقوله ولو تصرف فيه المشتري يبيع أو صدقة أو هبة أو أخرجه المشتري من ملكه بوجه من الوجوه صح تصرفه اذا كان تصرفه بعد ما قبضه باذن البائع وليس للبائع إبطاله وعلى المشتري القيمة أو المثل ان كان مثلياً ويطيب ذلك الملك الثانى لانه ملك بعقد صحيح بخلاف المشتري الاول لانه لا يحل له ولا يطيع لانه ملكه بعقد فاسد بخلاف ما اذا دخل دار الحرب (٦٤) بأمان فأخذ مال حربى بغير طيب نفسه فأخرجه الى دار الاسلام ملكه ولكن لا يطيع

له ويقتى بالرد ولا يقضى به ولو باعه صح بيعه ولا يطيع أيضاً المشتري كالأطيب للأول بخلاف أن يبيع الفاسد أو لو كان المبيع عبداً فعتقه المشتري أو دبره صح عتقه وتدبيره وكذلك لو كانت جارية واستولدها صارت أم ولده ويغرم القيمة ولا يغرم العقر فى رواية كتاب البيوع واحدى الروايتين فى كتاب الشرب وفى رواية أخرى فى كتاب الشرب عليه العقر ولو كاتب صحت الكتابة وليس للبائع إبطاله ولكنه اذا أدى الكتابة عتق وتقرر على المشتري ضمان القيمة فان عجز ورديها بنظر ان كان العجز قبل أن يقضى بالقيمة على المشتري برد العبد على

حيث ان كلا منهما يجب عليه تسليم ملك غيره وبالقبض يتقرر العقد وقوله وينهما اتفاق قلنا لا تنافي اذا جعل مشروعا من وجه دون وجه على ما ينال والميتة ليست بحال فى حق أحد فان عدم الشرط واذا باع الخمر بالدرهم فقد جع لها مائة ما وهى لا تجب بالعقد فلو انعقد لو جبت قيمتها لتعذر تسليمها والقيمة لا تصلح مقبلاً وانما تكون مقبلاً اذا لا عهد لنا فى الشرع أن تكون القيمة مبيعا فى صورة من البياعات قال رحمه الله (ولكل منهما ما فسخته) يعنى على كل واحد منهما فسخته لان رفع الفساد واجب عليهما واللام تكون بمعنى على قال الله تعالى وان أسأتم فلها أى فعلها وتمكن كل واحد منهما من الفسخ قبل القبض بعلم صاحبه لان البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض فكان عترة البيع الذى فيه الخيار فكان كل واحد منهما ما يسيل من فسخته من غير رضا الآخر لكنه يتوقف على علمه لان فيه الزام الفسخ له فلا يلزمه بدون علمه وأما بعد القبض فان كان الفساد فى صلب العقد بأن كان راجعاً الى أحد البديلين كالباع بالخمر أو الخبز فمكذلك ينفرداً أحدهما بالفسخ لقوة الفساد وان كان الفساد بشرط زائد بأن باع الى أجل مجهول أو غيره مما فيه منفعة لأحد المتعاقدين يكون لمن له منفعة الشرط الفسخ دون الآخر عند محمد لان منفعة الشرط اذا كانت عائدة اليه كن قادراً على تحججه بخلاف الشرط فكان فى حقه عترة الصحيح لقدرته عليه ولو فسخ الآخر لا بطل حقه عليه وعندهما الكل منهما فسخته لانه مستحق النقص حقا للشرع فاتفق الزوم عن العقد ومن له النفع قادر على تحججه بالخلف أو الكلام على ما قبل التحجج فيفسخته بعلم صاحبه فى الكل وعند أى يوسف لا يشترط علمه قال (الآن يبيع المشتري أو يهب أو يحرر أو يبنى) أى اذا تصرف فيه هذه التصرفات ليس لواحد منهما أن يفسخ لان المشتري ملك المبيع بالقبض فينفذ فيه تصرفاته كلها وينقطع به حق البائع فى الاسترداد سواء كان تصرفا يقبل الفسخ أو لا يقبله إلا الاجارة والنكاح فانهم لا يقطعان حق البائع فى الاسترداد لان الاجارة عقد ضعيف يفسخ بالاعتذار وفساد الشراء عذر فى فسخ والنكاح لا يمنع فسخ البيع فيفسخ ويرد على البائع والنكاح على حاله وما عداهما من التصرفات يقطع حق الاسترداد لانه تعلق به حق العبد والفسخ حق الشرع وما جتمع حق الله وحق العبد الا وقد غلب حق العبد لحاجته

وغناه

البائع وان كان بعد ما قضى عليه بالقيمة فلا يسيل البائع على العبد وكذلك لو كان المشتري رهنا

المبيع صح الرهن وليس للبائع إبطاله وان فسكه المشتري قبل أن يقضى عليه بالقيمة فإنه يرد على البائع وان فسكه بعد ما قضى عليه بالقيمة فلا يسيل له على البائع وان أجزه المشتري صحت الاجارة غير أنه للبائع أن يبطل الاجارة ويسترد المبيع لان الاجارة مما تفسخ بالعذر وفساد البيع صار عذرا فى فسخ الاجارة الى هنا لفظ شرح الطحاوى اه اتقانى وكتب مانصه قال الاتقانى وينبغى لك أن تعلم أن تصرف المشتري وان كان نافذاً بكره وبه صرح الكرخى فى مختصره وذلك لان الفسخ مستحق حقا لله تعالى لان عدم الفساد واجب والتصرف فيه تقرير الفساد اه (قوله والنكاح لا يمنع فسخ البيع فيفسخ ويرد على البائع) قال فى التحفة ولو زوجهما من انسان بعد القبض فان النكاح لا يمنع الفسخ والنكاح بحاله لانه زوجهما وهى مملوكة له ثم قال فيه ولو أوصى بالعبد المبيع يباع فاسداً فإنه يفسخ لان الوصية مما يحتل الرجوع ولو مات الموصى قبل الفسخ بسقط الفسخ لان الملك انتقل الى الموصى له فصار كالبيع ولو مات المشتري شراء فاسداً فورثه البائع فللبائع حق الفسخ وكذا الورثة لان الوارث يقوم مقام المورث فى حق الفسخ ولهذا يرد بالعيب بخلاف الموصى له اه غايه

(قوله) ولان تصرف المشتري قد حصل بتسليط البائع فلا ينتقض (فان قلت هذا المعنى وهو التسليط وجد قبل بيع المشتري أيضا مع هذا لكل واحد من المتعاقدين فسحقه اعدا ما للفساد فانتقضت العلة اذا قلت معناه حصل بتسليط من جهة البائع وقد تعلق به حق الثالث فبطل السؤال اه غايه) قوله لانه يعود اليه قديم ملكه في الوجهين) أى وعليه الاستبراء لان الرجوع والقبض استحدث ملك الوطء اه آخر يبيع فتاوى الولوالجي اه (قوله وبالرد بالعيب) أى قبل القبض أو بعده بقضاء لان (٦٥) به يعود قديم الملك لا بغيره اه (قوله

أوبيني) لفظ محمد في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي خنيفة في رجل باع رجلا دارا يباعا فاسدا فقبضها المشتري فبني فيها قال ليس للبائع أخذها ولكنه يأخذ قيمتها ثم شك في هذه المسئلة بعد ذلك وقال يعقوب ومحمد ينتقض البناء وترد الدار على صاحبها الى هنا لفظ محمد قال الكرخي في مختصره ان كان المبيع أرضا فبني فيها المشتري فهذا استهلاك عند أبي خنيفة وليس للبائع نقض البيع وقال أبو يوسف ومحمد للبائع نقض البيع (قوله أقوى من حق الشفيع) أى في الشراء الصحيح اه اتقاني (قوله وشك يعقوب في حفظ الرواية عن أبي خنيفة) قالوا في شروح الجامع الصغير وأما شك يعقوب في الرواية فالمراد أنه سمع منه أم لا حتى قال مشائخنا لا خلاف فيه ولكن ذكر الخلاف في كتاب الشفعة وغيره من غير شك وقال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله وهذه هي المسئلة

وغناء الله بخلاف حق الشفعة حيث ينتقض فيه تصرف المشتري لانه حق العبد فكان أولى بالشفعة ولانه بالعتق قد هلك فيجب قيمته والبيع الثاني مشروع بأصله ووصفه والاول مشروع بأصله دون وصفه فكان الثاني أولى بالاعتبار وكذا الهبة مشروعة بأصلها ووصفها فكانت أولى ولان تصرف المشتري قد حصل بتسليط البائع فلا ينتقض بخلاف الشفيع حيث ينتقض تصرف المشتري لعدم التسليط منه والكتابة والرهن نظير البيع لانهما لازمان الا أنه اذا عجز المالك أو فك الرهن يعود حق الاسترداد الى المانع وكذا الرجوع في الهبة عا دحق الاسترداد سواء كان بقضاء أو بغير قضاء لانه يعود اليه قديم ملكه في الوجهين وبالرد بالعيب يعود حق الاسترداد لما ذكرنا وهذا كله اذا عاد المبيع الى ملك المشتري بما يكون فسحا قبل قضاء القاضي بالقيمة على المشتري وان كان بعده لا يعود حق الاسترداد لانه قد تم لزوم القيمة بقضاء القاضي فلا ينتقض قضاؤه بعد ذلك كالعبد المغصوب اذا أبق ثم عاد بعد ما قضى على الغاصب بالقيمة وتعلق حق الوارث به لا يمنع حق الاسترداد لان ملك الوارث خلافه فكان في حكم عين ما كان للمورث ولهذا يرد بالعيب فيما اذا اشتراه المورث ويرد عليه بخلاف ملك الموصى له على ما عرف في موضعه وقوله أوبيني أى ينقطع حق الاسترداد ببناء المشتري في العقار المشتري شراء فاسدا وهذا عند أبي خنيفة وعندهما لا ينقطع وعلى هذا الخلاف الغرس لهما أن حق البائع في الاسترداد أقوى من حق الشفيع في الأخذ حتى يحتاج في الأخذ بالشفعة الى القضاء وتبطل بالتأخير ولا يورث بخلاف حق البائع ثم حق الشفعة مع ضعفه لا يبطل بالبناء والغرس فهذا أولى وله أن البناء والغرس حصل بتسليط البائع وهو ما يقصده الله وام فينقطع حقه في الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا يسقط ببيع المشتري وهبته فكذا بناؤه وشك يعقوب في حفظ الرواية عن أبي خنيفة ونص محمد رحمه الله أن للشفيع أن يأخذ العقار المشتري شراء فاسدا بالشفعة اذا بنى المشتري فيه عنده والبيع الفاسد لا يجب فيه الشفعة مادام حق الاسترداد باقيا فلما وجبت فيه الشفعة عنده علم أن حق البائع في الاسترداد قد انقطع عنده وهذا ظاهر فاذا أخذ الشفيع يأخذه بالقيمة كما اذا باعه المشتري فانه يأخذه بالقيمة ان اختار الأخذ بالبيع الاول ونقض الثاني وان شاء أخذه بالبيع الثاني بثمنه لانه يبيع صحيح فأمكن إيجاب ثمنه فاذا أخذه هنا بالشفعة نقض البناء والغرس كما يفعله في البيع الصحيح ولا يقال اذا نقض المشتري البناء عاد حق الاسترداد والمانع لاننا نقول ينتقضه بعدم ادخل في ملكه وملكه مانع من الاسترداد ثم الاصل فيه أن المشتري متى فعل بالمبيع فعلا ينقطع به حق المالك في الغصب ينقطع به حق البائع في الاسترداد كما اذا كان حنطة فطحنها ولو صبغ الثوب روى عن محمد أن البائع بالخيار ان شاء أخذه وأعطى ما زاد فيه الصبغ وان شاء ضمنه قيمته كما في الغصب قال (وله أن يمنع المبيع عن البائع حتى يأخذ الثمن منه) يعنى اذا تفاسخا بعد قبض العوضين كان للمشتري أن يجبس المبيع حتى يرد البائع الثمن الذي قبضه لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن وأقرب منه المبيع وان مات البائع فالمشتري أحق به حتى يستوفي الثمن لانه يقدم عليه حال حياته فكذا يقدم على تجهيزه بعد وفاته وعلى هذا أرباب الديون والورثة وعلى هذا الو

(٩ - زيلعي رابع) السادسة التي حوت المحاوره فيها بين أبي يوسف ومحمد فقال أبو يوسف ما رويت لك عن أبي خنيفة انه يأخذ قيمته وانما رويت لك أن ينقض البناء وقال محمد بل رويت لي أنه يأخذ قيمته اه غايه (قوله فيصير محبوسا به كالرهن) أى ولكنه يفارقه من وجه آخر وهو أن الرهن مضمون بقدر الدين لا غير وهذا المبيع مضمون بجميع قيمته كما في العصمة اه أكل (قوله وان مات البائع فالمشتري أحق به) أى الذي الجارية في يده اه غايه (قوله لانه يقدم عليه حال حياته) أى ولومات المشتري فالبايع أحق بحالمة المبيع من غرماء المشتري فان فضل شيء يصرف الى الغرماء اه خلاصة (قوله وعلى هذا أرباب الديون والورثة) أى يقدم المشتري عليه اه

(قوله فهو أحق بما في يده) أي المشتري وأخواه اه (قوله له أن يسترد العبد قبل إيفاء الاجرة) أي الدين الذي جعله أجرة اه (قوله بخلاف الصحيح) يعني لو كان البيع صحيحاً والأجارة صحيحة ثم انفسخ العقد بينهما بوجه كان للمشتري أن يحبس المبيع حتى يستوفي الدين الذي كان له على البائع اه عمادى (قوله في المتن وطالب البائع ما ربح الخ) قال الاتفاقى رحمه الله وصورته المسئلة في الجامع الصغير محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل اشترى من رجل جارية ببيع عا فاسداً بالقدراهم وتقابضاً و ربح كل منهما فيما قبض قال يتصدق الذي قبض الجارية بالربح ويطيّب الربح للذي قبض الدراهم وهو لفظ محمد والأصل فيه أن المال نوعان نوع لا يتعين في العقود كالدراهم والدنانير ونوع يتعين كغير الدراهم والدنانير والمراد من عدم التعين في حق الاستحقاق أي ما في حق القدر والجنس والوصف فيعينان والخبث وهو عدم الطيب أيضاً نوعان أحدهما باعتبار عدم الملك كالماء في الغصوب والوديعة يوجب حقيقة الخبث فيما يتعين ويوجب شبهة الخبث فيما لا يتعين عند أبي حنيفة ومحمد لأن ما لا يتعين بالتعيين لا يتعلق بالعقد بل يتعلق بما في النعمة وانما هو وسيلة من وجهه فيوجب شبهة الخبث والشبهة معتبرة فلا جرم أن عدم الطيب لعدم الملك في المالين جميعاً أعني فيما يتعين وفيما لا يتعين والخبث لفساد المالين يورث الشبهة فيما يتعين لأن الخبث (٦٦) لفساد المال أدنى من الخبث لعدم الملك ويورث شبهة الشبهة فيما لا يتعين وشبهة

الشبهة ليست بمعتبرة فلهذا يتصدق الذي أخذ الجارية بالربح لوجود شبهة الخبث ولم يتصدق الذي أخذ الدراهم بالربح لعدم الخبث حقيقة وشبهة وانما هي شبهة الشبهة فيما لا يتعين وشبهة الشبهة ليست بمعتبرة فلهذا يتصدق الذي أخذ الجارية بالربح لوجود شبهة الخبث ولم يتصدق الذي أخذ الدراهم بالربح لعدم الخبث حقيقة وشبهة وانما هي شبهة الشبهة فلا تعتبر (قوله لو اشترى شيئاً يتعين بالتعيين) أي لو اشترى شيئاً يتعين بالتعيين على التعيين كالدراهم والدنانير و ربح كل واحد منهما طاب البائع ما ربح في الثمن ولم يطب للمشتري ما ربح في المبيع لأن العقد يتعلق بما يتعين فيمكن الخبث فيه ولا يتعلق بالعقد الثاني بما لا يتعين بل يجب مثله في الذمة فلم يتمكن الخبث فيه فلا يجب التصديق به هذا في الخبث لفساد المال وإن كان الخبث لعدم الملك كالمغصوب والأمانات إذا خان فيها المؤمن فإنه يشمل ما يتعين وما لا يتعين عند أبي حنيفة ومحمد لتعلق العقد بذلك الغير فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث أنه يتعلق بذلك الغير سلامة المبيع وتقرر الثمن وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة فتعتبر والشبهة تنزل إلى شبهة الشبهة فلا تعتبر قضاءً فالخلاف أن الأموال نوعان ما يتعين بالعقد وما لا يتعين والحكمة نوعان حرمة لعدم المال وحرمة لفساده وقد ذكرناهما فتأمل وهل يتعين رد المقبوض من الثمن بعينه في المبيع الفاسد أم لا قيل يتعين لأنه قبض مضنون بالمثل فصار كالغصب وقيل لا يتعين لأنه ملكه بالقبض فصار كالملك باله قد كافي المبيع الصحيح والأول أصح وهو رواية أبي سليمان

الشبهة ليست بمعتبرة فلهذا يتصدق الذي أخذ الجارية بالربح لوجود شبهة الخبث ولم يتصدق الذي أخذ الدراهم بالربح لعدم الخبث حقيقة وشبهة وانما هي شبهة الشبهة فيما لا يتعين وشبهة الشبهة ليست بمعتبرة فلهذا يتصدق الذي أخذ الجارية بالربح لوجود شبهة الخبث ولم يتصدق الذي أخذ الدراهم بالربح لعدم الخبث حقيقة وشبهة وانما هي شبهة الشبهة فلا تعتبر (قوله لو اشترى شيئاً يتعين بالتعيين) أي لو اشترى شيئاً يتعين بالتعيين على التعيين كالدراهم والدنانير و ربح كل واحد منهما طاب البائع ما ربح في الثمن ولم يطب للمشتري ما ربح في المبيع لأن العقد يتعلق بما يتعين فيمكن الخبث فيه ولا يتعلق بالعقد الثاني بما لا يتعين بل يجب مثله في الذمة فلم يتمكن الخبث فيه فلا يجب التصديق به هذا في الخبث لفساد المال وإن كان الخبث لعدم الملك كالمغصوب والأمانات إذا خان فيها المؤمن فإنه يشمل ما يتعين وما لا يتعين عند أبي حنيفة ومحمد لتعلق العقد بذلك الغير فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث أنه يتعلق بذلك الغير سلامة المبيع وتقرر الثمن وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة فتعتبر والشبهة تنزل إلى شبهة الشبهة فلا تعتبر قضاءً فالخلاف أن الأموال نوعان ما يتعين بالعقد وما لا يتعين والحكمة نوعان حرمة لعدم المال وحرمة لفساده وقد ذكرناهما فتأمل وهل يتعين رد المقبوض من الثمن بعينه في المبيع الفاسد أم لا قيل يتعين لأنه قبض مضنون بالمثل فصار كالغصب وقيل لا يتعين لأنه ملكه بالقبض فصار كالملك باله قد كافي المبيع الصحيح والأول أصح وهو رواية أبي سليمان

المشتري الجارية واشترى البائع بالثمن شيئاً اه (قوله ولا يتعلق بالعقد الثاني) أي في الشراء الثاني اه والشأنى (قوله وإن كان الخبث لعدم الملك كالمغصوب) أي بأن غصب شيئاً وباعه بعد ضمان قيمته فربح فيه أو غصب دراهم وأدى ضمانها واشترى بها شيئاً وباعه و ربح فيه اه ألك (قوله انعلق العقد بذلك الغير فيما يتعين حقيقة) أي فيمكن فيه حقيقة الخبث وفيما لا يتعين فتعبر شبهة الخبث من حيث أنه يتعلق به سلامة المبيع بأن تقدم الدراهم المغصوبة أو تقدير الثمن بأن أشار إلى الدراهم للغصوبة ونقد من غيرها فصار ذلك الغير وسيلة إلى الربح من وجهه فيمكن فيه شبهة الخبث أما الخبث لفساد المال فيعمل فيما يتعين لا فيما لا يتعين لأن فساد الملك دون عدم الملك فتقلب حقيقة الخبث فيما يتعين شبهة فتعتبر وشبهة الخبث فيما لا يتعين شبهة قلب شبهة الشبهة اه (قوله لا تعتبر بالحديث وهو ما روى أنه عليه الصلاة والسلام منى عن الربا والريبة أي الشبهة اه (قوله من حيث أنه يتعلق بذلك الغير سلامة المبيع وتقرر الثمن) أي بأن يشير إلى الدراهم المغصوبة وينقد من غيرها اه اتفاقى (قوله والشبهة تنزل إلى شبهة الشبهة فلا تعتبر) اذ لو اعتبر شبهة الشبهة لاعتبر ما دونها فيؤدي ذلك إلى سد باب التجارة وهو مفتوح اه (قوله والأول أصح وهو رواية أبي سليمان) قال الاتفاقى رحمه الله وقال غير الدين قاضيان في شرحه للجامع الصغير فإن كان البائع استهلك الثمن يرد مثله لأن المقبوض بالمبيع الفاسد مضمون بالمثل إن كان مثلياً وأما إذا كان الثمن الذي أخذه البائع قاعاً فهل يتعين للرد فيه روايتان في روايته كتاب الصرف

المستحق مملوك ملكا فاسدا
وانحبث افساد الملك لا أثر
له فيما لا يتبعين لانه شبهة
الشبهة فللهذا طاب له الرجوع
ولم يجب التصديق به اه
غاية (قوله وبدل المستحق)
أى والمستحق هو الدين
وبالبدل الدراهم المقبوضة
اه غاية (قوله مملوكا) أى
ملكا فاسدا اه (قوله فى
المتن وكره التجش والسوم
الخ) قيل لما كان المكروه
أدنى درجة من الفساد
ولكنه شعبة من شعب
الفساد ألحقه بالفساد
وأخره عنه اه اتفاقى
وكتب مانصه قال الاتفاقى
والمعنى فى كراهية التجش
الغرور والخذاع اه (قوله
وهو لا يرد شره اهل لبواه

والثاني رواه أبي حفص وقيل على هذا لا يطيب له ما ربح في الثمن عندهما كما في المغصوب قال
(ولو ادعى على آخر دراهم فقضاه اياها ثم تصادقانه لاشئ له عليه طاب ربحه) أي ربحه في الدراهم لأن
انحبثت لفساد الملك هنالان الدين وجب تصادقهما أولاً لقلبك ثم استحق بالتصادق أنه لا دين عليه وبدل
المستحق مملوك ألا ترى أنه لو باع عبداً بجارية فأعتقه المشتري ثم استحققت الجارية لا يبطل العتق في العبد
ولو لا أنه مملوك لبطل لأنه لا عتق فيما لا يملك ابن آدم وكذا لو حلف لا يفارق غريمه حتى يستوفى منه دينه
فباعه عبد الغريم بالدين فقبضه الخالف وفازقه ثم استحق العبد مولاه ولم يجز البيع لا يحنث الخالف لأن
الدين ملك ما في ذمته بالبيع وهو بدل المستحق فلا يحنث الخالف بالاستحقاق فإذا كان مملوكاً وهو
بسبب خبث لا يكون له مملوك كملك الغير لا يعمل فيما لا يتعين ويعمل فيما يتعين على ما بينا من قبل (وكره
النخس والسوم على سوم غيره) والنخس بفتح نين وروي بالسكون وهو أن يستام السلعة بأزيد من ثمنها
وهو لا يرشد شراء بل إيهام غيره فيقع فيه وانما كرهه لما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه عليه السلام
نهى عن النخس وعن أبي هريرة رضي الله عنه أنه عليه السلام نهى أن يبيع حاضر لباد وأن يتناجشوا
رواهما أحمد ومسلم والبخاري وقال عليه السلام لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ولا يسوم على سوم غيره
وفي لفظ لا يبيع الرجل على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه رواه أحمد ومسلم والبخاري والمراد
بالبيع الشراء وروي أحمد عن ابن عمر أنه عليه السلام قال لا يبيع أحدكم ولا يخطب على خطبة أخيه
الأن يأذن له وروى النسائي أنه عليه السلام قال لا يبيع أحدكم على بيع أخيه حتى يتناع أو يذروا لأن
في ذلكنا إحساساً واضراً به فيكره وانما يكره النخس فما إذا كان الراغب في السلعة يظلم بائناً مثله أو أما إذا
طلبها يبدون عنها فلا بأس بان يزيد أن تبلغ قيمتها وكذا السوم انما يكره فيما إذا جح قلب البائع الى البيع
بالبائناً الذي سماه المشتري وأما إذا لم يحنج قلبه ولم يرضه فلا بأس بغيره أن يشتريه بأزيد لأن هذا بيع من يريد
وقد قال أنس انه عليه السلام باع قدحاً وحلساً فبين يزيد رواه أحمد والترمذي ولا يبيع الفقراء والحاجة

غيره) قال في شرح الصحيح النجاشي أن يزيد الرجل في ثمن السلعة وهو لا يريد شراءها ولكن ليسمعها غيره فيزيد لزيادة اه اتقاني (قوله وقال عليه الصلاة والسلام لا يخطب الرجل الخ) قال الاتقاني قوله لا يستام ولا يخطب نفى أريده النهي لاستتار كهما في دلالة المعنى على العدم ولم يرد حقيقة النفي لانه قد يوجد حسا فحينئذ يلزم الخلف في خبر الشارع واختيار صيغة النفي لتكونه أبلغ من النهي كما أن اخبار الشارع أبلغ من الامر اه (قوله فلا بأس بان يزيداني أن يبلغ قيمتها) أى وان لم يكن له رغبة فيها اه غاية (قوله باع قدحا وحلوسا) قال في الجهرة المجلس كساء يطرح على ظهر البعير أو الجمار والجمع أحلاس وحلوس اه غاية وكتب ما نصه روى الترمذي من حديث أنس رضي الله عنه قال أتى رجل من الأنصار يسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أما في بيتك شيء قال بلى جلس فلبس بعضه ونسب بعضه وقعب فشرب فيه الماء فقال اتنى بهما فأتاه بهما فأخذهما صلى الله عليه وسلم وقال من يشتري هذين قال رجل أنا أخذهم بدرهم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من يزيد على درهم قالهما ريتين أو ثلاثا قال رجل أنا أخذهم بدرهمين فأعطاهما إياه وأخذ الدرهمين فأعطاهما الرجل وقال اشترياً أحدهما طعما فأنبذه الى أهالك واشتري الآخر قدوما فتى به فأتى به فشد فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم عودا بيده ثم قال اذهب فاحطب وبع ولا أرينك خمسة عشر يوما ففعل ثم جاء وقد أصاب عشرة دراهم فاشتري

بعضهم أو باو ببعضها ما فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا خير لك من أن تجي المسئلة تكنته في وجهك يوم القيامة ان المسئلة لا تحل الا الذي فخر مدفع أو ذى غرم مقطع أو لذى دم موجه اه تجريد الاصول للبارزى قوله قعب القعب القصعة اه (قوله في المتن وتلقى الجلب) معنى الجلوب اه اتقانى قال الامام الاسيحاى فى شرح الطحاوى فى بيان تلقى الجلب وصورته أن واحدا من المصر أخبر عجمي قافلة عظيمة وأهل المصر فى خط وجذب فتملقى ذلك الواحد ويشترى منهم جميع ما يحتاجون ويدخل المصر ويبيعه على ما يريد من الثمن ولو تركهم فأدخلوا مصرتهم بأنفسهم (٦٨) وباعوهما من أهل المصر بتفرقة توسع أهل المصر بذلك فإذا كان الامر كما وصفناه هو

مكروه وان كان أهل المصر ماسة اليه وكذا النهى عن الخطبة محمول على ما بعد الاتفاق والتراضى قال (وتلقى الجلب) أى كره تلقى الجلوب وصورته أن واحدا من أهل المصر يتلقى الميرة فيشتري منهم ثم يبيعه بثمان من الثمن وانما كره لقول ابن مسعود رضى الله عنه انه عليه السلام نهى عن تلقى البسوع رواه أحمد والخيارى ومسلم وعن أبى هريرة رضى الله عنه أنه عليه السلام نهى أن يتلقى الجلب الحديث رواه أحمد والخيارى ومسلم وغيرهم من أئمة الحديث هذا اذا كان يضرب بأهل البلدان كافا فى خط وان كان لا يضربهم فلا بأس به الا اذا نكس الشعر على الخاردين قال رحمه الله (وبيع الحاضر البادى) لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تلتقوا الركب ان لا يبيع حاضر لباد فقيل لابن عباس ما قوله لا يبيع حاضر لباد قال لا يكون له مسار رواه البخارى ومسلم وأحمد وغيرهم وعن جابر أنه عليه السلام قال لا يبيع حاضر لباد دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض روى مسلم وأحمد وأبو داود وغيرهم وقال أنس رضى الله عنه نهىنا أن يبيع حاضر لباد وان كان أخاه لايه وأمه رواه البخارى وأحمد ومسلم وقال ابن عمر رضى الله عنهما نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن يبيع حاضر لباد رواه البخارى والنسائى وتفسيره ما ذكرنا عن ابن عباس رضى الله عنهما وفى الهداية هذا اذا كان أهل البلد فى خط وعوز وهو يبيع من أهل البلد طمعا فى الثمن الغالى لما فيه من الاضرار بهم وأما اذا لم يكن كذلك فلا بأس به لانهام الضرر وفى شرح المختار هو أن يجلب البادى السلامة فى أخذها الحاضر لبيعهاله بعد وقت باغلى من السعر الموجود وقت الجلب قال (والبيع عند أذان الجمعة) لقوله تعالى وذرُوا البيع ولان فيه اخلا لا بالواجب على بعض الوجوه وهو السعي بان قعد البيع أو وقفاله وذ كرى النهاية أنهم اذا تبايعوا وما عيشان فلا بأس به وعزام الى أصول الفقه لاني اليسر وهذا مشكل لان الله تعالى قد نهى عن البيع مطلقا فن أطلقه فى بعض الوجوه ليكون تخصيضا وهو نسخ فلا يجوز بالرى والاذان المعترفى بتحريم البيع هو الاول اذا وقع بعد الزوال على المختار وقد بيناه فى كتاب الصلاة قال (لا يبيع من يزيد) أى لا يكره بيع من يزيد وقد بيناه قال رحمه الله (ولا يفوق بين صغير وذى رحم محرم منه) سواء كان الآخر صغيرا مثله أو كبيرا لقوله عليه السلام من فرق بين والده وولده افرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة رواه أحمد والترمذى وعن علي رضى الله عنه أنه قال أمرنى النبي صلى الله عليه وسلم أن أبيع غلاما من أخوين فبعتهما وفرقت بينهما فاذ كرت ذلك له فقال أذكرتهما فأرتجعهما ولا تبعهما الا جميعا رواه أحمد وفى رواية وهب الى النبي صلى الله عليه وسلم غلامين أخوين فبعتهما فاحدهما فقال لى ما فعل غلامك فأخبرته فقال لى رده رده رواه الترمذى وابن ماجه وعن أبى موسى قال لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم من فرق بين الوالد والدة وبين الاخ وأخيه رواه ابن ماجه والدارقطنى وعن علي رضى الله عنه أنه فرق بين جارية وولدها فنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك ورد البيع رواه أبو داود والدارقطنى ولان الصغير يستأنس بالصغير والكبير يتعاهداه ويشفق عليه ويقوم بحوائجه باعتبار الشفقة الناشئة من قرب القرابة وفى التفرق بينهما الجش الصغير وترك المرجحة عليه

مكروه وان كان أهل المصر لا يتضررون بذلك فلا يكره وقال بعضهم صورته أن يملكه رجل من أهل المصر فيشتري منهم بأرخص من سعر المصر وهم لا يعلمون سعر المصر فالشراء جائز فى احكامم ولكنه مكروه لانه غرر سواء استضر به أهل المصر أو لم يستضر به اه اتقانى رحمه الله (قوله ولا يبيع حاضر لباد) الحاضر المقيم فى المدن والقرى والبادى المقسم بالبادية والمنهى عنه أن يأتى البدوى البلدة ومعه قوت يبيع التسارع الى بيعه رخصا فيقول له الحضرى اتركه عندى لا غالى فى بيعه فهذا الصنيع محرم لما فيه من الاضرار بالغير وهذا اذا كانت السلعة محتاجة الحاجة اليها كالاقيات فان كانت لاتم أو كثر القوت واستغنى عنه ففي التحريم تردد اه ابن الاثير رحمه الله (قوله وتفسيره ما ذكرنا عن ابن عباس) قال فى شرح الطحاوى ان الرجل اذا

وقال

كان له طعام وأهل المصر فى خط وهو لا يبيعه من أهل المصر حتى يتوسعوا ولكن يبيعه من أهل البادية

بشئ غال وأهل المصر يتضررون فلا يجوز وان كانوا لا يتضررون فلا بأس ببيعه منهم والى هذه الصورة ذهب صاحب الهداية وقيل أن يتوكل المصرى من البدوى بغلالة السبع وعرف بكرة ذلك اذا كان أهل المصر يتضررون بذلك اه اتقانى (قوله فى أخذها الحاضر لبيعهاله بعد وقت باغلى من السعر الموجود وقت الجلب) أى وهذا قريب من تفسير ابن عباس رضى الله عنهما اه (قوله فى المتن والبيع عند أذان الجمعة الخ) نهى عن البيع عند الاذان وأقل أحوال النهى الكراهة اه

والاخذ من الرضاع
وامرأة الاب اه (قوله)
والكفار غير مخاطبين
بالشرائع) الصحيح أنهم
مخاطبون بالمحرّمات اه
(قوله) وفقد البع في الكل
أى في كل الصور المتقدمة

(بقوله وفرق عليه السلام
بين مارية وسيرين)
أهداهما له الموقوف، ملك

وكانت مارية بيضاء جميلة
جميلة فوضئها بالملك فولدت
له ابراهيم فتوفي وهو ابن

ثانية عشر شهر اوجھ

آختہ اس — پیرین الحسن بن

ثابت وهی أم ولد حسان

ابن نبات ولم يكن بمصر

أَحْسَنُ وَلَا أَجْلٌ مِنْهُمَا

وہما من اہل حق من

دو فرما صفا فلما راہ ماضی

لعلهم يسمعون

فَقَالَ اللَّهُ إِنِّي مَخْلُوقٌ مِنْ نَارٍ

فَاخْتَارَ آلَ ثَمَارَ لَهُمَا مِنْهُمَا مَرْيَمَ وَهَارُونَ

أَنَّهُ قَالَ لَهَا قَوْلًا لَّأَنَّهُ يُدْعَى ابْنُ مَرْيَمَ بَدْعًا مَّجْدُودًا

لا اله الا الله وأن محمدا رسول

لله فمذرت ماردة فتشبهت

فصل أختها ومكثت أختها

ساعة ثم تهمد وتقول صلى

لله عليه وسلم وبقى ابراهيم

ما تَرَكْتَ قِبْطِيَا الْاَوْضَعْتَ

منه الجزية وقد انقطع

لها وأقاربها الأيتام

احمد امانت ماروي سنه

۱۵۔ وصلى علیہ السلام

ودفنت باليقين اه من المصباح المضي* (قوله يكره التنفيذ)

باب الاقالة

مناسبة الباب بباب البيع الفاسد من حيث ان في كل منهما يرجع المبيع الى البائع أو نقول لما كانت الاقالة فسحا للبيع وهو يقتضى سابقة البيع والبيع الفاسد يبيع ناسب أن يذكر الاقالة عقبه قاله الاتقاني وقال الكمال مناسبة الخاصة بالبيع الفاسد والمكروه أنه اذا وقع البيع فاسداً أو مكروهاً وجب على كل من المتعاقدين الرجوع الى ما كان له من رأس المال صونا لهما عن المحذور ولا يكون ذلك الا بالاقالة الى آخر ما ذكر في النهاية وتبعه غيره وهو مصرح بوجوب التفاسخ في العقد والمكروهة السابقة وهو حق لان رفع المعصية واجب بقدر الامكان وأيضا الاقالة بيان كيف يرفع العقد وهو يقتضى سابقة ثبوته وأبواب البياعات السابقة كلها مع البيع الفاسد والمكروه بيان كيف ثبت فأعقب الرفع معظم أبواب الاثبات اهـ (قوله ولو كان من القول اقل قلته بالضم) ولانه ذكر الاقالة في الصحاح من القاف مع الياء لا مع الواو اهـ كل (قوله وقد قالوا قاله البيع قبلا) أى وأقاله فسخته اهـ فتح (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام من أقال ناديا بيعته الخ) أخرجه أبو داود وابن ماجه عن الأعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أقال مسلما بيعته أقاله الله عشرته زاد ابن ماجه يوم القيامة ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم وشرط الشيخين وأما اللفظ ناديا فعند البيهقي اهـ فتح وكتب ما نصه ولان الاقالة رفع العقد والعقد من المتعاقدين وقد انعقد بتراضهم ما فكان لهما رفعه دفعا للحاجة اهـ اتقاني قوله دفعا للحاجة أى التي لها شرع البيع وغيره اهـ فتح (قوله بأن ولدت المبيعة بعد القبض) قال الاتقاني بخلاف ما اذا ولدت قبل القبض حيث تكون الاقالة صحيحة عند (٧٠) أبى حنيفة وحاصله أن الجارية اذا ازدادت ثم تقايلان كان قبل القبض صححت الاقالة سواء

باب الاقالة

قبل الاقالة مشتقة من القول والهمزة للسلب أى ازالة القول الاول وهو ما جرى بينهما من البيع كأشكى اذا زال شكواه ولا يكاد يصح هذا لانهم قالوا قاله البيع بالكسر فدل على أن عينه ياء ولو كان من القول لقل قلته بالضم وقد قالوا قاله البيع قبلا وهذا دل من الاول وهى مشروعة مندوب اليه لقوله صلى الله عليه وسلم من أقال ناديا بيعته أقال الله عشرته يوم القيامة قال رحمه الله (هى فسخ في حق المتعاقدين بيع في حق ثالث) وهذا عند أبى حنيفة لأن لا يمكن جعلها فسحا بان ولدت المبيعة بعد القبض أو هلاك المبيع في غير المقايضة فتبطل الاقالة ويبقى البيع على حاله لتعذر الفسخ اذ الزيادة المنفصلة المتولدة من المبيع تمنع الفسخ لما ذكرنا في باب الرد بالعيب ولا يتصور الفسخ بعد هلاك المبيع على ما بين فيبطل هذا اذا تقايل بعد القبض وان كانت قبل القبض فهى فسخ في حق الكل في غير العقار لتعذر جعلها بيعا وقال أبو يوسف هى بيع الا أن لا يمكن جعلها بيعا بان كانت قبل القبض في المنقول أو كانت بعد هلاك

كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال أو منفصلة كالولد والارث والعقر الا أن الزيادة قبل القبض لا تمنع الفسخ منفصلة كانت أو متصلة وان كانت الزيادة بعد القبض فان كانت منفصلة فالاقالة باطلة عند أبى حنيفة لانه تعذر تصحيحها فسحا بسبب الزيادة لان الزيادة المنفصلة

مانعة فسخ العقد حقا للشرع وأبو حنيفة لا يصح الاقالة الا بطريق الفسخ وان كانت الزيادة متصلة فالاقالة صحيحة عند لان الزيادة المتصلة عنده لا تمنع الفسخ متى وجد الرضا من له الحق في الزيادة بطلان حقه في الزيادة وقد وجد الرضا بما تقايلان فامكن تصحيحها فسحا عنده كذا قال في النخبة اهـ واعلم أن المبيعة اذا ولدت بعد القبض فالاقالة حينئذ باطلة عند الامام كذا كر وأما عندهما فصحيحة وتجعل بيعا جديدا أما عند أبى يوسف فظاهر لان الاقالة عنده بيع وأما عند محمد فلا تَعذر جعلها ههنا فسحا فتجعل بيعا جديدا فتنبه اهـ (قوله اذ الزيادة المنفصلة المتولدة من المبيع تمنع الفسخ الخ) فان قلت اذا تعذر الفسخ ينبغي أن يحمل على البيع المبتدأ مجازا لان اللفظ يحتمله ولهذا جعلت الاقالة بيعا في حق الثالث قلت انما لم يحمل اللفظ على المجاز لتعذر لصادة بين العقد ورفع اللفظ لا يجوز استعماله مجازا لصدده وفي حق الثالث اعتبار معنى البيع لا باعتبار استعمال اللفظ مجازا بل باعتبار معنى البيع وهو حصول المالك يبدل فأظهرنا هذا الموجب في حق الثالث لعدم ولايتهما على غيرهما اهـ اتقاني رحمه الله (قوله هذا اذا تقايل بعد القبض) قال الاتقاني رحمه الله وجلة القول فيه أن الاقالة فسخ في حق المتعاقدين في جميع الاحوال منقولا كان المبيع أو غير منقول مقبوضا أو غير مقبوض عند أبى حنيفة رحمه الله بيع في حق غيرهما حتى لا تصح الزيادة على الثمن الاول ولا النقصان عنه ولا خلاف الجنس ولا الاجل اذا تعذر جعلها فسحا حينئذ تبطل الاقالة ولا تجعل بيعا كما اذا ولدت المبيعة في يد المشتري قال الاقطع وعن أبى حنيفة رواية أخرى أنها بيع بعد القبض وفسخ قبله اهـ (قوله لتعذر جعلها بيعا) أى اذ بيع المنقول قبل القبض جائز اهـ (قوله وقال أبو يوسف هى بيع الا أن لا يمكن جعلها بيعا) قال الاتقاني الا أن في المنقول قبل القبض لو جعلت على البيع كان فاسدا فجعلت على الفسخ جلالا لكل منهما على الصحة حتى لو كان المبيع دارا وتقايل قبل القبض يكون بيعا عند أبى يوسف لان بيع العقار قبل القبض جائز عند أبى يوسف وأبى حنيفة اهـ

(قوله أو بعد هلاك السلعة في غير المقايضة) أي كالمو كان المبيع عرضا بالدارهم فهلاك العرض اه اتقاني (قوله وقال محمد بن فسخ) أي سوا كان المبيع منقولاً أو غير منقول لأن بيع لمبيع قبل القبض باطل عنده في المنقول وغيره فلما لم يصح البيع جل على الفسخ اه اتقاني وكتب على قوله هي فسخ مانصه في حق المتعاقدين بيع في حق ثالث كالمسيب أي فريدا اه (قوله فكذا إذا سكنت عن البعض) قال الاتقاني أما إذا كانت الأقالة بالنقصان عن الثمن الأول تجعل فسخاً لا يلزم بدك في الأقالة تجع مع الثمن صححت الأقالة فكذا إذا لم يذكر البعض وكذا إذا وقعت الأقالة على تأجيل الثمن صححت الأقالة وبطل الاجل ه (قوله يقال اللهم أقتلني عتراتي) أي أرفعها اه (قوله وإذا تعذر) أي جله على الحقيقة يحكم على البيع بحجاز لأنه محتمل ونهـا كانت بيعاً في حق الثالث وانما يحمل على البيع صيانة الكلام العاقل عن الإلغاء اه اتقاني (قوله ولا يوجب أنها عليك من الجانبين يعرض مالي الخ) قال الاتقاني ولكن لم يشترط تسمية الثمن لأنه معلوم كبيع التولية وأخذ الدار بالشفعة ولهذا جعل بيعاً في حق ثالث حيث وجبت الشفعة وبطلت الأقالة بعد هلاك المبيع ووجب الرد بالعيب كفي البيع اه (قوله فيجعل فسخاً) أي في حق المتعاقدين (٧١) وأما في حق الثالث فيبيع بالاتفاق اه

(قوله ولا يوجب رجعه الله) أي انتهت عن الفسخ قال الاتقاني وجه قول أبي حنيفة أن الأقالة رفع العقد بين العقد ورفع مضافة فلا يجوز أن يجعل واحداً فكانت فسخاً اه (قوله وكونه بيعاً في حق الثالث أمر ضروري الخ) قال الاتقاني وجعلها بيعاً جديداً في حق الثالث لا باعتبار الصيغة بل لضرورة وقوع الحكم فإن حكم الأقالة وقوع الملك يبدل وهذا لأن لهما ولا يه على أنفسهما لا على غيرهما فاعتبر الحكم في حق الثالث لا الصيغة اه (قوله في المستن وشرط الأكثر أو الأقل ولا تعيب وجنس) أي وشرط جنس (آخر) خلاف الثمن الأول (لغو) أي

أحد العوضين في المقايضة فيجعل فسخاً إلا أن لا يمكن جعلها بيعاً ولا فسخاً بان كانت قبل القبض في المنقول بأكثر من الثمن الأول أو بأقل منه أو بجنس آخر أو بعد هلاك السلعة في غير المقايضة فتبطل ويبقى البيع الأول على حاله لأن بيع المنقول قبل القبض لا يجوز والفسخ يكون بالثمن الأول وقد سمي بخلافه وقال محمد بن فسخ إذا تعذر جعلها فسخاً بان تقابل بأكثر من الثمن الأول أو بخلاف جنسه أو ولدت المبيعة بعد القبض فيجعل بيعاً جديداً إلا أن لا يمكن جعله فسخاً ولا بيعاً بان كانت قبل القبض بأكثر من الثمن الأول أو بجنس آخر فيبطل ويبقى البيع الأول على حاله لأن الفسخ لا يكون على خلاف الثمن الأول والبيع لا يجوز قبل القبض وبأقل من الثمن الأول يكون فسخاً عنده بالثمن الأول لأنه سكوت عن بعض الثمن وهو لو سكوت عن الكل كان فسخاً فكذا إذا سكنت عن البعض لمحمد أن اللفظ موضوع للفسخ والرفع يقال اللهم أقتلني عتراتي فيعمل بعقضاء وإذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع ولهذا صار بيعاً في حق ثالث لعدم ولا يتم عليه ولا يوجب أنها عليك من الجانبين يعرض مالي بالتراضي وهو البيع والعبرة للعاني دون الالفاظ المجردة كالصفة بشرط براءة الأصل حواله وبالعكس كفالة ولهذا يبطل بهلاك المبيع ورد بالعيب ويتجدد باحق الشفعة للشفيع وهذه أحكام البيع إذا تعذر فيجعل فسخاً لأنهم موضوعه له أو تحتمله ولا يوجب حنيفة أنها تنبئ عن الفسخ والرفع والأصل في الكلام أن يحمل على حقيقة ولا يحتمل ابتداء العقد أصلاً يحمل عليه عند التعذر ولهذا لو أراد به ابتداء العقد لا يصح ولو كان محتملاً لصح وانما لا يصح لأنه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فصار باطلاً وكونه بيعاً في حق الثالث أمر ضروري لأنه ثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا يقتضي الصيغة فيل عليه في حق غيرهما لعدم ولا يتم عليه قال رحمه الله (وتصح عتق الثمن الأول وشرط الأكثر والأقل بلا تعيب وجنس آخر لغو لزمه الثمن الأول) وهذا عند أبي حنيفة لأنه لما كانت الأقالة عنده فسخاً والفسخ يرد على غير ما يرد عليه العقد كان اشتراط خلاف الثمن الأول باطلاً وشرط عدم جواز اشتراط الأقل لعدم التعيب عند المشتري وأما إذا تعيب عنده فجوز بالأقل فيجعل الخط بازاً ما فات بالعيب ولهذا يشترط أن يكون النقصان بقدر حصة ما فات بالعيب ولا يجوز أن

باطل اه وكتب مانصه قال الاتقاني رحمه الله وفي شرط الزيادة والنقصان والجنس لا شرط ولم تبطل الأقالة لأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع لأن الشرط الفاسد في معنى الربا أو الزيادة يمكن اثباتها في البيع فيتحقق الربا بخلاف الأقالة فإنها رفع ما كان ورفع ما كان زائداً على ما كان لا يتصور فلهذا لم يؤثر الشرط الفاسد في الأقالة قال في شرح الطحاوي وعنده أبي يوسف في الموضوع الذي يجعلها بيعاً جديداً تبطل بالشروط الفاسدة كما يبطل البيع والحاصل أن عند أبي حنيفة لا يصح شرط الزيادة والنقصان فتقع الأقالة بالثمن الأول إلا إذا حدث بالمبيع عيب عند المشتري فيصح شرط الأقل من الثمن الأول فجعل الزيادة بازاً الجزء المحتبس عند المشتري وعنده أبي يوسف ومحمد إذا شرط الزيادة يكون بيعاً أما عند أبي يوسف فظاهر لأن البيع هو الأصل عنده وأما عند محمد فإن الفسخ لما يمكن جل على البيع لا مكانه وإذا شرط الأقل يكون بيعاً أيضاً عند أبي يوسف لما قلنا من الأصل عنده ويكون فسخاً عند محمد بالثمن الأول لأنه لو سكنت عن الأقالة عن جميع الثمن كان فسخاً فكذا إذا سكنت عن البعض وعنده زفر الأقالة فسخ في حق المتعاقدين وغيرهما اه

فرع لو باع صابوناً رطباً ثم تقايلاً بعد ما جف فتقص وزنه لا يجب على المشتري شيء لأن كل المبيع باق قاله الكمال رحمه الله

(قوله ولو كانت الاقالة بلفظ المفاضة أو الرد أو المتاركة لا تكون) الى هذا اللفظ الشارح (١) وقوله ببيعها وان أمكن جعلها ببيعها بل تكون الخ هذا الحق لا بد منه ليصح قوله فسخها اه (قوله ولم يرد) اه يسترد ووجد في بعض النسخ كذلك وهو ظاهر اه وفي شرح الاتفاقى وغيره يسترد اه تكن الذى وجد بخط الشارح يرد (٧٣) اه (قوله حتى باعه منه) أى من المشتري اه (قوله لانه بيع جديد فى حق غيرهما)

يتقص أكثر منه ولا يجوز الاقالة باللفظين بغير أحدهما عن الماضى والاخر عن المستقبل كالنكاح وعند محمد بشرط أن يبيع بهما عن الماضى ولو كانت الاقالة بلفظ المفاضة أو الرد أو المتاركة لا تكون فسخا فائدة كون الاقالة فسخا فى حق المتعاقدين تظهر فى خمس مسائل احدها أنه يجب على البائع رد الثمن الاول وما عساهما بخلافه يكون باطلا والثانية أن الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة ولو كانت ببيعها فى حقهما الفسدت والثالثة اذا تقايلا ولم يرد البائع المبيع حتى باعه منه ثانيا جاز ولو كانت ببيع الفسد لكونه باعه قبل القبض ولو باعه من غير المشتري لم يجز لانه بيع جديد فى حق غيرهما والرابعة اذا وهب المبيع من المشتري بعد الاقالة قبل القبض جازت الهبة ولو كانت ببيع الفسخ لان البيع يفسخ بهيبة المبيع للبائع قبل القبض والخامسة لو كان المبيع مكبلا أو موزونا وقد باعه منه بالكيل أو الوزن ثم تقايلا واستردا لم يبع من غير أن يعيد الكيل أو الوزن جاز قبضه وقوله ببيع فى حق غيرهما انظر فائدته فى خمس مسائل احدها لو كان المبيع عقارا فسلم الشفعة ثم تقايلا بقضى له بالشفعة لكونه بيعا جديدا فى حقه كانه اشتراه منه والثانية اذا باع المشتري المبيع من آخر ثم تقايلا ثم اطلع على عيب كان فى يد البائع فأراد أن يرد على البائع ليس له ذلك لانه يبيع فى حقه فكانه اشتراه من المشتري والثالثة اذا اشترى شيئا فقبضه ولم ينفذ الثمن حتى باعه من آخر ثم تقايلا وعاد الى المشتري فاشتراه منه قبل نقد ثمنه باقل من الثمن الاول جاز وكان فى حق البائع كالمملوك بشرأع جديد من المشتري الثانى والرابعة اذا كان المبيع موهوبا بغيره الموهوب له ثم تقايلا ليس للواهب أن يرجع فى هبته لان الموهوب له فى حق الواهب بمنزلة المشتري من المشتري منه والخامسة اذا اشترى بعروض التجارة عبد الخدمه بعد ما حال عليه الحول فوجد به عيبا فرده بغير قضاء واسترد العروض فهانكت فى يده فانه لا يسقط عنه الزكاة لانه يبيع جديد فى حق الثالث وهو الفقير لان الرد بالعيب بغير قضاء اقالة وقوله ببيع فى حق ثالث محجى على اطلاقه وقوله فسخ فى حق المتعاقدين غير محجى على اطلاقه لانه انما يكون فسخا فيما هو من موجبات العقد وهو ما ثبت بنفس العقد من غير شرط وأما ما لم يكن من موجبات العقد وانما يجب بشرط زائد فالاقالة فيه تعتبر ببيع جديد فى حق المتعاقدين أيضا كما اذا اشترى بالدين المؤجل عينا قبل حلول الاجل ثم تقايلا يعود الدين حالا كانه باعه منه وكذا اذا تقايلا ثم ادعى رجل أن المبيع ملكه وشهد المشتري بذلك لم تقبل شهادته كانه هو الذى باعه ثم شهد أنه لغيره ولو كانت فسخة قبلت ألا ترى أن المشتري لو رد المبيع بعيب بقضاء وادعى المبيع رجل وشهد المشتري بذلك تقبل شهادته لانه بالفسخ عاد ملكه القديم فلم يكن متلقيا من جهة المشتري لكونه فسخا من كل وجه وكذلك لو باع عبد اطعام بغير عيبه وقبض ثم تقايلا لا يتعين الطعام المقبوض الرد كانه باعه من البائع بطعام غير معين وكذا لو قبض أردأ من الثمن الاول أو أجود منه يجب رد مثل المشروط فى البيع الاول كانه باعه من البائع مثل الثمن الاول وقال الفقيه أبو جعفر يجب عليه رد مثل المقبوض لانه لو وجب عليه مثل المشروط لزمه زيادة ضرر بسبب تبرعه ولو كان الفسخ بخيار رد أو شرط أو تعيب بقضاء يجب رد المقبوض اجماعا لانه فسخ من كل وجه بخلاف الاقالة والرد بالعيب بغير قضاء قال رحمه الله (وهلاك المبيع عنع) أى منع صحة الاقالة لان شرط صحة الاقالة قيام العقد لانها رفع العقد والعقد بقومه وهو محل له فلا يبقى بعدها كخلاف هلاك الثمن حيث

أى ولو كان المبيع غير منقول جاز بيعه من غير المشتري أيضا فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف اه اتفاقا (قوله جاز قبضه) أى ولو كان ببيع الما جاز قبضه من غير أن يعيد الكيل وأوزن اه (قوله تظهر فائدته فى خمس مسائل) ساقها القوام الاتفاقى وتبعه الكمال أربعة فاسقطا من المسائل التى ذكرها الشارح الثانية والخامسة وزادا مسألة قالو كان البيع صرفا التى نقلتها فيما يأتى عند قوله والرابعة الخ اه (قوله لو كان المبيع عقارا فسلم الشفعة الشفعة) أى فى أصل البيع اه (قوله ثم تقايلا) أى فعاد الى ملك البائع (قوله جاز وكان فى حق البائع كالمملوك) بشرأع جديد الخ وهذه حيلة فى جواز شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن (قوله والرابعة اذا كان المبيع موهوبا بالخ) قال الاتفاقى رحمه الله ومثله كونها ببيع فى حق غيرهما تظهر فى مواضع وساقها أربعة وذكر منها أن البيع لو كان صرفا فالتقايض فى

كلا الجانبين شرط فى صحة الاقالة فيجعل فى حق الشريعة كبيع جديد وتبعه الكمال رحمه الله فى ذكرها أربعة منها لا منع مسئلة الصرف المذكورة آنفا واذا زيدت على ما ذكره الشارح تكون المسائل ستا فتنبه (قوله فى الثمن قبل قوله وهلاك المبيع الخ وهلاك الثمن لا يمنع الاقالة) هو من الثمن وقد أسقطه الشارح

(١) قول المحشى وقوله ببيعها كذا فى الاصل وليس هذا الحق فى شئ من نسخ الشارح التى بيدنا اه مصححه

باب التولية

لما فرغ عن بيان ايقاع البيوع اللازمة وغير اللازمة كما بيع اشترط الخدارو كانت هي بالنظر الى جانب المبيع شرع في بيان أنواعها بالنظر الى جانب الثمن كالمرابحة والتولية والربا والصرف وتقديم الاول على الثاني لاصالة المبيع دون الثمن اه غايه وكتب مانصه قال العمى وهي مصدر ولي غيره أي جعله والباقي الشرع ما ذكره المصنف اه قال صاحب التحفة البيع في حق البديل ينقسم خمسة أقسام بيع المساومة وهو البيع بأي ثمن اتفق وهو المعتاد وبيع المراجعة وهو تعليق المبيع على الثمن الاول وزيادة ربح والثالث بيع التولية وهو تعليق المبيع على الثمن الاول من غير زيادة ولا نقصان والرابع الاشتراك وهو بيع (٧٣) التولية في بعض المبيع من النصف

ونحوه والخامس بيع الوضعية وهو تعليق المبيع على الثمن الاول مع نقصان منه يسير اه اتقاني (قوله والمرابحة والتولية) أي لم يفسرهما اكتفاء بما في المتن اه (قوله والوضعية) قال في المستصفي ولم يذكر القسم الثاني في هذا الكتاب لان ذلك لا يقع الا نادرا لان الغرض من المبيعات الاسترباح اه وقوله ولم يذكر القسم الثاني المراد منه بيع الوضعية اه (قوله التولية بيع بن سابق) أي وهو البيع بالثمن الاول من غير زيادة ولا نقصان اه عيني (قوله وهذا أحسن من قول بعضهم) منهم صاحب الهداية والقدرى اه (قوله والاحتراز عن الخيانة وشبهها) أي حتى لو اشترى شيئا مؤجلا ليس

لا يمنع من صحة الثمن لان الثمن ليس محل للعقد فلا يشترط قيامه وهذا لانه يثبت له حكم الوجود في الذمة بالعقد فكان حكم العقد وحكم الشيء بعقبه فلا يكون محلا له لان المحل شرط والشرط يسبق فكان بينهما تناف ولهذا يبطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض لاهلاك الثمن قال رحمه الله (وهلاك بعضه بقدره) أي هلاك بعض المبيع يمنع صحة الاقالة بقدره لان الجزء معتبر بالكل فيستقدر بقدره ولو تقاضى عبدا تجارية فهلاك أحدهما صححت الاقالة في الباقي منهما لان كل واحد منهما مبيع فكان المبيع قائما بخلاف مالو هلكا جميعا حيث لا يجوز له عدم محله بخلاف مالو هلك البطلان في الصرف حيث تجوز الاقالة بعد هلاكهما لان المعقود عليه في الصرف ما وجب لكل واحد منهما في ذمة صاحبه وذلك لا يتصور هلاكه والمقبوض غيره فلا يمنع هلاكه صحة الاقالة ولهذا لو كانا فائعين وتقايلالا يلزمهما رد المقبوض بعينه بل لهما أن يردا مثل المقبوض من جنسه فعلم بذلك أنه لاتعلق له بالمقبوض ألا ترى أنهم ما لو تقايلالا فيه فهلك البطلان لا تبطل الاقالة فكذلك لو تقايلالا بعد هلاكهما بخلاف بيع المفاضلة لان الاقالة تتعلق بأعيانها ما كلبيع فتبطل بهلاكهما قبل القبض كالبيع لتعين البديلين فيهما والله أعلم

باب التولية

وهي أن يجعل غيره واليا فكان المشتري يجعل المشتري منه واليا بما اشتراه ثم أنواع المبيعات بحسب الثمن الذي يذكر بمقابلها المسلمة أنواع أربعة المساومة وهي التي لا تلتفت فيها الى الثمن السابق والمرابحة والتولية والوضعية وهي البيع بانقص من الثمن الاول قال رحمه الله (هي) أي التولية (بيع بن سابق والمرابحة بزيادة) وهذا أحسن من قول بعضهم هانقل مامله بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح أو من غير زيادة ربح لانه لا يشترط فيه أن ينقل مامله بالعقد حتى لو ضاع المغصوب عند الغاصب وضمن قيمته ثم وجدته جازله أن يبيعه مرابحة وتولية على ماضين وان لم يكن فيه نقل مامله بالعقد والعقدان جائزان شرعا لاجتماع شرائط البيع ولتعامل الناس بهما الى يومنا هذا ولان من لا يهتدي الى التجارة يحتاج أن يعتمد على فعل الذكي المهتدي فيها وتطبيق نفسه بالزيادة على ما اشتراه ولهذا كان ميناهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة وشبهها ومست الحاجة الى هذا النوع من المبيعات فوجب القول بجوازهما ولما أراد عليه الصلاة والسلام الهجرة ابتاع أبو بكر بعيرين فقال له عليه الصلاة

(١٠ - زيلعي رابع) له أن يبيعه مرابحة الا اذا بين التأجيل اه غايه لان الاجل معنى يراى في الثمن لاجل فكان فيه شبهة الاعتياض عن الاجل فلو باعه مرابحة يصير كأنه اشترى شيئين بثمن فباع أحدهما مرابحة على جميع الثمن فكان فيه شبهة الخيانة اه (قوله ولما أراد عليه السلام الهجرة الخ) أخذه من الهداية قال الكمال وحديث أبي بكر الذي ذكره المصنف في البخاري عن عائشة وفيه ان أنابكر قال للنبي صلى الله عليه وسلم خذ بأبي أنت وأمي احدي را حلقى هاتين فقال صلى الله عليه وسلم بالثمن أخرجه في بدء الخلق وفي مسند أحمد قال صلى الله عليه وسلم أخذتها بالثمن وفي الطبقات لابن سعد وكان أبو بكر قد اشترى اهما بمائة درهم من نعم بن قشير فأخذ احدهما وهي القصوى فزاروا المصنف بصح بالمعنى وتفصيله قريب مما ذكره ابن اسحق في السيرة قال فيها فلما قرب أبو بكر الى رحلتين الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قدم أفضلهما ما ثم قال له اركب فذاك أي وأي فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم لا اركب بعير ليس لي قال فنهى النبي رسول الله قال لا ولكن ما الثمن الذي ابتعته به قال كذا وكذا قال قد أخذتها بذلك قال هي لك يا رسول الله فركبا وانطلقا ذكر

السبيل عن بعض أهل العلم أنه سئل لم يقبلها إلا بالثمن وقد أنفق عليه أبو بكر أضعاف ذلك وقد دفع إليه حينئذ بعائشة ثلث عشرة أوقية حين قال له أبو بكر ألا تبني بأهلك يا رسول الله فقال لولا الصداق فدفع إليه ثلث عشرة أوقية ونشأوا لئلا تنس هناعشرون درهما فقال انما فعل لتكون الهجرة منه صلى الله عليه وسلم بنفسه وماله رغبة منه صلى الله عليه وسلم في استكمال فضل الهجرة الى الله وأن تكون على أتم أحوالها وهو جواب حسن اهـ (قوله في الثمن والمثمن وشروطهما كون الثمن الاول مثليا) قال الاتفاق في رحمة الله وجهه البيان فيه ما قال صاحب التحفة اذا باع شيئا من اجحة على الثمن الاول فلا يتخلوا ما أن يكون من ذوات الامثال كالدرهم والدنانير والمكيل والموزون والعددي المتقارب أو يكون مثل العدديات المتفاوتة مثل العبيد والسياب والدور والبطاطنج والرمال ونحوها ما اذا كان الثمن الاول مثليا فباعه من اجحة على الثمن الاول بزيادة ربح يجوز سواء كان الربح من جنس الثمن الاول أو لم يكن يعني أن يكون شيئا مقدرا معلوما نحو الدرهم والثوب مشار اليه أو ديتارا لان الثمن الاول معلوم والربح معلوم فاما اذا كان الثمن الاول لا مثلي له فأراد أن يبيعه من اجحة عليه فهذا على وجهين اما أن يبيعه ممن كان العوض في يده ومملكه أو ممن غيره فان باعه ممن ليس في ملكه يده لا يجوز لانه لا يتخلوا ما أن يبيعه من اجحة بذلك العوض أو بغيره ولا وجه الاول لان العوض ليس في ملك من يبيعه منه ولا وجه أن يبيعه من اجحة بغيره لان القيمة تعرف بالخزروا الظن فتمتكن فيه شبهة الخيانة واما اذا أراد أن يبيعه من اجحة ممن كان العوض في يده فهذا على وجهين ان قال أبيعك من اجحة بالثمن الذي في يديك وبربح (٧٤) عشرة دراهم جاز لانه جعل الربح على الثوب عشرة دراهم وهي معلومة وان

وانسلا من احدى ما فقال له هو لك بغير شيء فقال اما بغير شيء فلا قال رحمه الله (وشروطهما كون الثمن الاول مثليا) لانه اذا لم يكن مثليا لم يعرف قدره فلا تتحقق التولية ولا المراجعة فلا يجوز الا اذا باعه بذلك البديل ممن يملكه أو به وبزيادة ربح معلوم فيثبت يجوز لا تتفاء الجهة ولو باعه به وبغير قيمته أو بغيره لا يجوز لانه باعه بذلك ويبعض قيمة ذلك البديل وهو مجهول فلا يجوز ولو كان البديل مثليا فباعه به وبغيره ان كان المشتري يعلم بحالة الثمن صح وان لم يكن عالما به فان علم في المجلس جاز وله الخيار والافسد كالمزاد باع الثوب بربحة ومن شرطهما أن لا يكون صرفا حتى لو باع ذنابير دراهم لا يجوز فيه المراجعة ولا التولية لانهم في الذمة فلا يتصور فيه المراجعة والتولية والمقبوض غير ما يجب بالعقد قال رحمه الله (وله أن يضم الى رأس المال أجرة القصار والصبغ والطراز والقتل وحمل الطعام وسوق الغنم) لان العرف جرى بالخاق هذه الاشياء برأس المال وهو المعتمد به ولهذا لا يعد ذلك خيانة اذا ثبت له والاصل فيه أن كل ما يزيد في المبيع أو في قيمته يلحق به فهذا هو الاصل وما ذكرناه هذه الصفة لان الصبغ والقتل والقصار والطراز يزيد في العين والحمل والسوق يزيدان في القيمة لانها تختلف باختلاف الاماكن وعلى هذا أنه أن يضيف اليه أجرة الغسل والخياطة وبنفقة تجب في الدار وطى البستر وكرى الانهار والقناة والمسناة والكرباب وكسح الكروم وسقيها والزرع وغرس الاشجار فان فعل شيئا من ذلك يبدل بضمه وذكر في المحيط أنه يضم طعام المبيع وكسونه وكرامه وأجرة السمسار ان كانت مشروطة في العقد والا فلا كثرهم

قال أبيعك ده يارده فانه لا يجوز لان تسمية ده يارده أو أحد عشر بقضى أن يكون الربح من جنس رأس المال لانه لا يكون أحد عشر الا وأن يكون الحادى عشر من جنس العشرة فصار كانه باع بالثمن الاول وهو الثوب ويجزى من جنس الاول والثوب لا مثلي له من جنسه ثم في بيع المراجعة يعتبر رأس المال وهو الثمن الاول الذي ملك المبيع به ويجب بالعقد دون ما تنقده بدلا

عن الاول بيانه اذا اشترى ثوبا بعشرة دراهم ثم أعطى عنها دينارا أو ثوبا بقيمة عشرة دراهم أو أقل أو أكثر فان رأس المال هو على العشرة المسماة في العقد دون الدينار والثوب لان هذا يجب بعقد آخر وهو الاستبدال كذا في التحفة اهـ (قوله فلا يجوز الا اذا باعه بذلك البديل ممن يملكه) صورته رجل باع عبدا ثوبا وملك ذلك الثوب غيره بسبب من الاسباب وذلك الغير الذي في يده الثوب يشتري هذا العبد بذلك الثوب ويربح درهم جاز اهـ غاية (قوله في المثمن والمثمن والصبغ) قال الكمال رحمه الله أسود كان الصبغ أو غيره اهـ (قوله وحمل الطعام) أي برأويجرا اهـ كمال (قوله لانها تختلف باختلاف الاماكن) قال في الابيضاح هذا المعنى ظاهر ولكن لا يتشبه في بعض مواضع والمعنى المعتمد عليه عادة التجار حتى يتم المواضع كلها اهـ كمال رحمه الله (قوله فان فعل شيئا من ذلك يبدل بضمه) أي وكذلك لو تطوع متطوع بهذه الاعمال أو باعارة اهـ كمال (قوله وذكر في المحيط أنه يضم طعام المبيع وكسونه الخ) لافقة المشتري على نفسه في سفره اهـ وكتب مائنه قال الكرخي في مختصره وكذلك ان كان مضارباً أنفق على الرقيق في طعامهم وكسوتهم وما لا بد لهم منه اذا كان ما أنفق من ذلك بالمعروف فان كان أسرف لم يضم الفضل وضم ما بقى ولا يضم ما أنفق على نفسه في سفره في كسوته وطعامه ومركبه ودهنه وغسل ثيابه ولا يضم أيضا ما أنفق على مرضى الرقيق في أجرة طبيب أو أحماء أو دواء وضم ما أنفق على الغنم في سباقها ولا يضم أجر الراعي ولا جعل أبق ولا يضم التاجر أيضا ما أنفق على نفسه ولا يضم ما أنفق في تعليم صناعة ولا قرآن ولا شعر ولا في تعليم غير ذلك الى هنالقه الكرخي اهـ غاية (قوله وأجرة السمسار ان كانت مشروطة الخ) قال الكمال ونضم أجرة السمسار في ظاهر الرواية وفي جامع

البرهان لا يتضمن لان الاجابة على التساؤل لا تصح الا ببيان المتة وجه ظاهر الرواية العرف فيه وقيل ان كانت مشروطة في العدة فتضمن وقيل
 انما قد لا لا يتضمن كل هذا ما لا يتجر عادة التجار ولا يتضمن عن الخلل ونحوه في الدواب وتضمن النسيب في الرقيق وطعامهم الا ما كان سرفا
 وزبادة ويضمن علف الدواب الا ان يعود عليه شيء من تولد كالباتم او صوفها او سمها فيسقط قدر ما نال ويضمن ما زاد بخلاف ما اذا أجز الهابة
 أو البعد واما ما زاد من اجرة فانه يرجع مع ضم ما اتفق عليه لان نفعه ليست متولدة من العين وقد اختلف ما صاحب من يضمن النسيب
 ما له وما لا يضمن لبقا اه ما قال الكمال (قوله في المتن ويقول قام على بكذا ولا يقول اشتريته بكذا الخ) وهذا بخلاف ما اذا
 اشترى لرجل متاعا ثم رقبه كثيرا كثر من غنه فباعه مرابحة على رقبه فهو جائز وهي مسئلة الاصل حيث لا يقول قام على بكذا ولا اشتريته
 بكذا لانه كذب وانما يقول رقبه كذا وكذا فأنما يبعه مرابحة على ذلك قال محمد في الاصل وكذلك لو كان أصله ميراثا أو هبة أو صدقة
 أو وصية ففهمه فبنته ثم باعه مرابحة على تلك القيمة كان ذلك جائزا اه غايه (قوله وكذلك (٧٥) بيت الحفظ) كتاب الخطب الشارح والمضى

في نسخ المتن وكري بيت
 الحفظ اه (قوله لمعنى في
 نفسه) أى في نفس المعلم
 اه (قوله وهو ذكوره وذهنه)
 أى فلم يكن ما نفقه على
 المعلم موجبا للزيادة في
 المسالبة ولا يخفى ما فيه اذ
 لا شك في حصول الزيادة
 بالتعلم ولا شك أنه سبب عن
 التعلم عادة وكونه بمساعدة
 القابلية في التعلم فهو
 كقابلية الثوب للصنع
 فلا تمنع نسبته الى التعليم كما
 لا تمنع نسبته الى الصنع
 فانما هو شرط والتعليم علة
 عادية فكيف لا يضمن وفي
 الميسر أضاف في ضم
 المتفق في التعليق الى أنه
 ليس فيه عرف قال وكذا
 في تطعيم الغناء والعريسة
 قال حتى لو كان في ذلك
 عرف ظاهر بلحقه برأس

على انهم لا تضمن اجرة الدلال ولا جاع وكذا ما هو سبب لبقائه الى وقت كقطع عام وفي الخزن يضمن
 لانه يزاد قيمته من حيث المديف عنه من الرطل والبرد قال رحمه الله (ويقول قام على بكذا) ولا يقول
 اشتريته بكذا كخروا عن الكذب قال رحمه الله (ولا يضمن اجرة الراعي والتعليم وكري بيت الحفظ) لعدم
 العرف بالخافه برأس المال ولان الرعي حققت وهو لا يزيد في العين ولا في القيمة شيئا وثبتت الزيادة في
 التعليم بمعنى في نفسه وهو ذكوره وذهنه ولا يضمن حقرا البئر ويضمن اجرة من يذبح الحيوان ويستلحقها واتخاذ
 الخشب أبوابا ونقبا للزواجر والعبد لا يضمن المهر الى رأس المال ولا يحيط مهر الامه لزوجها ولا يضمن
 اجرة الطبيب والرائض والبيطار والحمامة وجعل الا بق ونفقة نفسه وكرائه واجرة الختان والقداء
 في الجناية لان التجار لا يضمنون هذه الاشياء الى رأس المال ولا فيها لا تزيد شيئا في العين ولا في القيمة فلا يجوز
 الحاقها برأس المال ولذي يورث في الطريق من الظلم لا يضمن الا في موضع جرت العادة فيه بينهم بالضم
 قال رحمه الله (فان كان في مرابحة اخذه بكل غنه أو رده وحط في التولية) وهذا عند أي حنيقة وقال أبو
 يوسف يحط فيه ما قال محمد بخير فيه ما لانهم ما بشرا عقدا باختيارهما ابتم معدوم فينقذ بالمسمى فيه كما
 لو باعه بمساومة وكذا المرابحة والتولية للزوج والستر غيب جري مجرى الوصف فاذا فاق الوصف
 المرغوب فيه تغير كما في سائر اوصاف وكذا اذا وجدته معيبا ولا ييوسف أن الاصل فيه هو المرابحة
 والتولية ولو زاد ينفق بقوله وليست بالثمن الاول أو بعثك مرابحة على الثمن الاول اذا كان الثمن الاول
 والرجح معلومين وذكر الثمن جار مجرى التفسير فلا بد من بناء العقد الثاني على الاول في حق الثمن وقدر
 الخيانة لم يكن ثابتا في العقد الاول فلا يمكن التمسك في العقد الثاني فيحط ضرورة غير أنه في التولية يحط قدر
 الخيانة من الثمن لا غير وفي المرابحة يحط ذلك العقد من رأس المال ويحط من الرجح أيضا بحسب ما به لان
 الرجح ينقسم عليهم فما أصاب الخيانة سقط معه وما أصاب غيره ثبت معه ولا ي حنيقة في الفرق بينهم أن
 التولية بناء على العقد الاول من كل وجه فلا بد من تنسده بالثمن الاول ولا يثبت فيه ما لم يكن ثابتا في
 العقد الاول والمرابحة عقد مبني باختيارهما وليس عيني على الاول فينقذ بالثمن المسمى فيه
 وهذا لا يحتاج في التولية الى ذكر الثمن وفي المرابحة لا بد من ذكر الثمن ايتين وقد راجح فينقذ بما سمي

المال وكذا لا يلحق اجرة الطبيب والرائض والبيطار وجعل الا بق لانه نادر فلا يلحق بالسابق لانه لا عرف في انشاده اه كمال (قوله في المتن فان
 خان الخ) ثم ظهور الخيانة ما باع الراعي البائع أو البينة أو البكول عن العين اه غايه وكتب على قوله فان خان الى آخره ما نصه صورة المسئلة
 رجل اشترى بنسعة دراهم شيئا وقبضه ثم قال لرجل اشترى به عشرة فقوليتك بما اشترىته أو باعه مرابحة يرجح زيان قدرهم اه منسكلات
 (قوله وقال أبو يوسف يحط فيها) أى ولا خيار للشترى اه غايه وكذا قال الشافعي وأحمد اه (قوله ولا ييوسف أن الاصل فيه)
 أى في عقد البيع اه (قوله والمرابحة والتولية) أى لا التسمية كما قال محمد اه (قوله أو بعثك مرابحة على الثمن الاول) أى وان
 لم يسم الثمن الاول اه (قوله وما أصاب غيره ثبت معه) أى كما اذا اشترى ثوبا بعشرة على رجح خمسة ثم ظهر أن البائع اشترى بمائة يسيحط
 قدر الخيانة من الاصل وهو دراهم وان يحط من الرجح درهمان وأخذ الثوب بالثمن عشر درهما اه غايه وكتب ما نصه قال الكمال محمدان
 الاعتبار فيهم ما ليس الا التسمية لان الثمن به يصير معلوما وبه ينقذ البيع والاخبار بأن الثمن الاول لا يعلق الا العقد بانها هو ترويج
 وترغيب فكيف يكون وصفها مرغوبانه كوصف الكتابة والخياطة فيه فواته يظهر أن الثمن ليس ذا ليقعير اه كمال

(قوله ولو له المبيع قبل أن يردّه) أى (٧٦) أو استهلك اه فتح (قوله أو حدث به ما يمنع الرد) أى عند ظهروا الخيانة في بيع

ولأنه لم يخط في التولية لم يبق توبة لأنه يز يدعى الثمن الأول فيصير مراجعة فيستغير به التصرف ولو لم يخط
في المراجعة يبق على حاله لأن الربح أكثر مما ظنه المشتري فلم يتغير التصرف فيه فأمكن اعتبار التسمية
فيه وثبت له الخيار لفوات الرضا ولو له المبيع قبل أن يردّه أو حدث به ما يمنع الرد لزمه بجميع الثمن المسمى
وسقط خياره عند أى خنيفة وهو المشهور من قول محمد دلالة مجرد خيار فلا يقابل به شيء من الثمن كخيار
الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب لأن المستحق فيه للمشتري الجزء الفاسد وعند العجز عن تسليمه
يسقط ما يقابل من الثمن وعند محمد أن المشتري يرد قيمة المبيع ويرجع على البائع عما دفعه إليه من الثمن
بناء على أصله في إقامة القيمة مقام المبيع في التحالف وعلى قول أى يوسف يخط كيفما كان وكذا عند أى
خنيفة في التولية لأنه لو لم يكن له جاز الرد والاختذ به وانما يلزمه الاختذ بالثمن الأول ولو وجد المولى بالمبيع
عيباً ثم حدث به عنده عيب لا يرجع بقصاصة العيب لأنه لو رجع يصير الثمن الثاني أنقص من الأول
وقضية التولية أن يكون الثمن مثل الأول قال رحمه الله (ومن اشترى ثوباً ببيعته بربح ثم اشتراه فان باعه
بربح طرح عنه كل ربح قبله وان أحاط بثمنه لم يربح) يعنى إذا باعه بربح ثانياً بعد ما اشتراه ثانياً طرح
عنه كل ربح كان قبل ذلك إذا باعه مراجعة وان استغرق الربح الثمن لا يبيعه مراجعة وهذا عند أى
خنيفة وعندهما يبيعه مراجعة على الثمن الأخير مثاله إذا اشترى ثوباً بعشرين ثم باعه مراجعة بثلاثين
ثم اشتراه بعشرين فإنه يبيعه مراجعة على عشرة ويقول قام على عشرة ولو اشتراه بعشرين وباعه بأربعين
مراجعة ثم اشتراه بعشرين لا يبيعه مراجعة أصلاً وعندهما يبيعه مراجعة على العشرين في الفصلين لأن
الأخير عقد مدته منقطع الأحكام عن الأول فيجوز بناء المراجعة عليه كما إذا تخلل ثالث بأن باعه
المشتري من أجنبي ثم باعه الأجنبي من البائع ثم اشتراه الأول منه فإنه يبيعه مراجعة على الثمن الأخير وله
أن شبهة حصول الربح الأول بالعقد الثاني ثابتة لأنه يتأ كذباً بعدما كان على شرف الزوال بالظهور وعلى
عيب والشبهة كالحقيقة في بيع المراجعة احتياطاً ولهذا لا تجوز المراجعة فيما أخذ به الصلح لشبهة
الخطيئة فيه وكذا فيما اشتراه من أصوله أو فروعه لانه من التوسع فيما لهم الحق بملكه فيصير كأنه اشترى
عشرة وثوباً بعشرين في الفصل الأول فيطرح عشرة لانه بالعقد الثاني تأكد وأمن بطلانه ولأنه كدحكم
الأصول ألا ترى أن شهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا يضمون نصف المهر لأن كدهم ما كان على
شرف السقوط بخلاف ما إذا تخلل ثالث لأن التأكد حصل بغيره ويصير في الفصل الثاني كأنه اشترى
ثوباً بعشرين بعشرين درهماً فصار العشرين والعشرين ولم يبق في مقابلة الثوب شيء فلا يبيعه مراجعة
ولا يقال على هذا وجب أن يفسد البيع لعدم ما يقابل الثوب من الثمن لأننا نقول الربح الأول لم يصير
مقابلاً بالثمن في العقد الثاني حقيقة وانما أعطى له حكم المقابلة احترازاً عن الخيانة فيما جنى على الأمانة
وهو حق العبد ولا ينقض ذلك لأفساد العقد لأن المنع في باب المراجعة لحق العبد لا لحق الشرع ولا يلزم
ما إذا باع مسامحة والمسئلة بحالها حيث يجوز بالإجماع لأنها ليست بعقوبة على الأمانة قال رحمه الله (ولو
اشترى مأذون مدون ثوباً بعشرة وباع من سيده بخمسة عشر يبيعه مراجعة على عشرة وكذا العكس)
أى وكذا لو اشترى المولى ثوباً بعشرة ثم باعه من عبده المأذون له في التجارة المستغرق بالدين بخمسة عشر
يبيعه العبد مراجعة على عشرة لأن العقد الذي جرى بينهما وان كان صحيحاً لا فادته ملك العين أو التصرف
له شبهة العدم لأن العبد ملكه وما في يده لا يتحول عن حقه فاعتبر بما في حق المراجعة لا بتناهم على الأمانة
فبقى الاعتبار للشراء الأول فصار كأن العبد اشتراه المولى بعشرة في الفصل الأول وكأنه يبيعه للمولى في
الفصل الثاني فيعتبر الثمن الأول لا غير لأن الزائد عليه مدثر بين المولى والعبد فلم يتم خروجه عن ملك
من كان له وهذا لأن المراجعة بيع أمانة لقبول قوله من غير بينة ولا بينة فتنتق عنهما كل تهمة وشبهة
خيانة والمسامحة بينهما ظاهرة لكل أحد فيكون ما زاد على الثمن الأول باقياً على ملكه فلا يعتبر خارجاً هذا

المراجعة اه غاية (قوله)
وعند العجز عن تسليمه
يسقط ما يقابل (أى يسقط
ما قابل العيب من الثمن عند
عجز المشتري عن الرد به لانه
المبيع أو يحدث ما يمنع
الفسخ اه غاية (قوله)
ويرجع على البائع بما
دفعه إليه من الثمن) أى ان
كانت القيمة أقل دفعها
للضرر عن المشتري اه الد
(قوله وان استغرق الربح
الثمن لا يبيعه مراجعة) أى
الأن بين اه كمال (قوله
وهذا عند أى خنيفة) أى
وهو مذنب أحد اه فتح
(قوله وعندهما يبيعه
مراجعة) أى وقول الشافعي
كقولهما كذا في الاسرار
وغیره وأخذ أبو الليث في
شرح الجامع الصغير بقولهما
اه غاية وأيضاً هو قول
مالك اه عيني (قوله ثم
اشتراه بعشرين) أى من
باعه منه بعد التقابض اه
كمال (قوله ويقول قام على
عشرة) أى ولا يقول
اشترى ثوباً بعشرين كذا اه
غاية (قوله لان المنع في باب
المراجعة لحق العبد) وأيضاً
الخيانة حق الشرع اه
(قوله في المتن ولو اشترى
مأذون الخ) قال في المبسوط
وإذا اشترى الرجل من أبيه
أو أمه أو مكاتبه أو عبده
أو عبد من مواله أو مكاتب
من مواله مناعاً بمن قد
قام على البائع بأقل من ذلك فليس للمشتري أن يبيعه مراجعة إلا بالذي قام على البائع للتمتع هذا اللفظ محمد في الأصل اه غاية اذا

(قوله واشترط الدين على العبد كانه وقع اتفاقا) قال الاتقاني وقد اختلفت نسخ شروح الجامع الصغير فقد قيدت في الاسلام دين العبد بالمستغرق وقال الصمد الشهيدي عبدا مأذون عليه دين محيط برقبته أو غير محيط وقاضيان قيد بالحيط أيضا والعناني قيد بالمأذون فحسب ولم يذكر الدين أصلا وقال في شرح الطحاوي لو اشترى من مملوك وعبد المأذون عليه دين أو لا دين عليه ومكاتبه فانه يبيعه مراهجة على أقل الضمانين الآن بين الامر على وجهه ولكن فسر الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير فقال فان كان العبد لا دين عليه فالشراء الثاني باطل لان العبد اذا كان لا دين عليه فماله مولاه فاذا اشترى منه المولى صار كان المولى اشترى مال نفسه فلا يكون في هذا الشراء فائدة ولو كان العبد عليه دين جاز شراء المولى منه لان المولى بهذا الشراء يستفيد ملك اليد ولا يمكن لا يبيعه مراهجة الا بعشرة لان العبد اذا كان عليه دين فماله مولاه من وجهه لان المولى بقدر على تحصيل ماله لنفسه لو قضى دين العبد فاذا كان هكذا فاشراء المولى منه شراء من وجهه وليس بشراء من وجهه وبيع المراهجة بيع الامانة فيؤخذ فيه بالاحتياط فيبيعه على أقل الثمنين والحاصل أن العقد الواقع بين المولى وعبد المأذون المدنون والمكاتب جائز لا فائدة ملك اليد ولكن له شبهة العدم لان الحاصل للعبد لا يتخلو عن حق المولى ولهذا كان للمولى قضاء دين العبد واستخلاص أكسابه وكذلك المكاتب اذا عجز وردي الرق تسلم أكسابه للمولى فكان الملك للعبد واقعا للمولى فاذا باع المولى من عبده يجعل العقد كالعدم للشبهة ويكون العبد في البيع الثاني كالوكيل عن مولاه (٧٧) فلو ثبتت الوكالة حقيقة لم يبيعه الا على

عشرة فلذا كانت شبهة الوكالة لان الشبهة ملحقة بالحقيقة في بيع المراهجة فاذا اشترى من مولاه يجعل العبد كالوكيل بالشراء عن مولاه فلو كانت الوكالة ثابتة حقيقة لم يبيع المولى الا على عشرة فكذا اذا تمكنت شبهة الوكالة اه (قوله في المتن ولو كان مضارب يبيع مراهجة رب المال الخ) سيأتي في باب المضاربة في كلام الشارح ما يخالف هذا فقبيل قوله معها ألف بالنصف فاشترى به عبدا فتمتسه ألفان الخ والمذهب ما ذكره في المتن فتنبه والله الموفق اه (قوله

اذا لم يبين وان بين أنه اشتراه من عبده أو من سيده جاز لزوال التهمة واشترط الدين على العبد كانه وقع اتفاقا لانه اذا كان لا يجوز مع الدين أن يبيعه مراهجة فع عدم الدين أولى لوجود ملك المولى فيه بالايجاب وذكر في المبسوط هذه المسئلة ولم يقيدهم بدين العبد والمكاتب في هذا كالعبد المأذون له لوجود التهمة بينهما قال رحمه الله (ولو كان مضارب يبيع مراهجة رب المال باثني عشر ونصف) أي لو كان من عمل هذا العمل مضارب بأن كان معه عشرة دراهم مضاربة بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مراهجة باثني عشر ونصف لان نصف الربح وهو درهمان ونصف سلم لرب المال ولم يخرج عن ملكه فيحيط عن الثمن فيبقى اثنا عشر ونصف خارجة عن ملكه عشرة منهم ادفعها المضارب الى بائعه ودرهمان ونصف نصيب المضارب من الذي دفع اليه رب المال بحكم أنه الثمن فتم ما خرج منه في تحصيل هذا الثوب اثنا عشر درهما ونصف فيبيعه مراهجة عليه او قال زفر لا يجوز هذا البيع من رب المال لانه بيع ماله بماله قلنا يستفيد كل واحد منهما بهذا العقد ملك اليد والتصرف وان كان لا يستفيد ملك الرقبة فكان صحيحا لافادته ولا يلزم من جواز البيع افادة ملك الرقبة الا ترى أن المكاتب تجوز تصرفاته ولا يبيد ملك الرقبة وانما يفيد ملك السيد لم يبدل أن البيع يتبع الفائدة لا الملك عينا وقد وجدت الفائدة هنا أما في حق المضارب فظاهر وأما في حق رب المال فانه يملك التصرف فيما اشتراه منه بالشراء ولا يملك قبله وان كان ماله لان المضارب تعلق له به حق ولهذا لا يملك رب المال وطء الجارية التي اشتراها المضارب وان لم يكن له فيها ربح وكذا لا يملك ثمنه عن بيع العروض والكلام فيه لكنه مع هذا فيه شبهة العدم لان المضارب وكيل عنه في البيع الاول من وجهه فاعتبر البيع الثاني عدم ما في حق نصف الربح

فانه يبيعه مراهجة باثني عشر ونصف) قال في شرح الطحاوي وكذا لو اشترى رب المال سلعة بألف درهم تساوى ألف درهم وخمسة مائة وباعها من المضارب بألف وخمسة مائة فان المضارب يبيعها بألف ومائتين وخمسين الا اذا بين الامر على وجهه وهذا الماذكر أن بيع المراهجة بيع امانة يجب صوغها عن الخيانة وعن شبهتها ما أمكن وفي بيع هؤلاء بعضهم من بعض شبهة وتهمة الى هنا لفظ شرح الطحاوي اه غاية (قوله قلنا يستفيد كل واحد منهما بهذا العقد ملك اليد والتصرف) أي وذلك لان ولاية التصرف انقطعت عن رب المال بتسليم المال الى المضارب ثم لما اشترى من المضارب استفاد ولاية التصرف اه غاية وكتب ما نصه قال الاتقاني اعلم أن بيع المضارب من رب المال جائز عندنا لانه يستفيد ولاية التصرف خلافا لفرلان شراء الانسان من مال نفسه لا يجوز اه (قوله لكنه مع هذا فيه شبهة العدم) أي عدم الجواز لما قلنا من جهة زفر اه (قوله لان المضارب وكيل عنه) أي ولهذا تبطل المضاربة بموت أحدهما اه (قوله في البيع الاول من وجهه) أي لان رقبة المال لرب المال ومن وجهه للمضارب ولهذا اذا اشترى لا يجوز جبر رب المال على المضارب في البيع فلما كان كذلك يبيعه على أقل الثمنين للاحتياط وحصة المضارب من الربح لان المضارب في ذلك بمنزلة الاجنبي اه اتفاقا (قوله فاعتبر البيع الثاني عدم ما في حق نصف الربح) أي وهو درهمان ونصف لان ذلك حق رب المال يسلم ذلك لرب المال فيحيط عن الثمن ولا شبهة في أصل الثمن وهو عشر تولا في نصيب المضارب من الربح وهو درهمان ونصف فلذلك يبيعه مراهجة على اثني عشر درهما ونصف اه اتفاقا رحمه الله

(قوله اذا تعيب المبيع من غير صنعه) أي ان اشترى جارية فأعورت مثلا اه (قوله لانه لم يحتسب عند حشى بمقابل الثمن) أي لان المستوفي ليس بمقابل البديل فكان كالاستخدام اه غاية (قوله وهو قول الشافعي وزفر الخ) وفي قول زفر اذا عورت باقة سماوية لا يبيعها امرأحة من غير بيان لانهم قد تغيرت عن حالها التي اشتراها قال الفقيه أبو الليث وقول زفر أحوذ ثم قال وبه نأخذ اه غاية البيان (قوله سواء كان ذلك بفعله أو بفعل غيره وأخذ أرشه) هذا وقع اتفاقا فاذ يجب البيان وان لم يأخذ

الأرض ولهذا ذكره في المتوسط من غير قيد أخذ الأرض اه (قوله لانه صار مقصودا بالاتلاف) أي ولهذا لو فعل ذلك بعد العقد قبل القبض تسقط حصته من الثمن لانه حبس جزأ صار مقصودا أو حبس بدله فلا يجوز بيع الباقي فراجحة على ذلك الثمن اه اتقاني (قوله فإزالته تعيب لها بمقابله الثمن) أي وكذا لو حبس ثمنه كالثمرة والولد والصوف أو هلك بفعله أو بفعل الاجنبي وان هلك بأقصة سماوية تجازي بعهه فراجحة من غير بيان اه زاهدني وذكرني شرح عيون المسائل ولو ان رجلا اشترى جارية ولها لبن فآجرها لترضع فله ان يبيعها فراجحة لان عقد الاجارة ملو ورد على العين وانما ورد على المتافع فلم يأخذ العوض عن عين ملكها بالشرع وانما أخذ العوض عن المنافع الحادثة على ملكه اه (قوله قرض فار) القرض بالقاف والقاء اه من خط الشارح (قوله يبيعه فراجحة من غير

بيان) (وإراجح بالبيان بالتعيب ووطء الثيب) أي اذا تعيب المبيع من غير صنعه أو ووطء الثيب يبيعه فراجحة من غير أن يبين لانه لم يحتسب عند حشى بمقابل الثمن لان الفاتح وصف وهو لا يقابل شي من الثمن بمجرد العقد لكونه تبعا ولهذا لو حدث بالمبيع عيب قبل القبض لا يسقط شي من الثمن غير أن المشتري يتخير بين أخذ جميع الثمن أو تركه وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن اذا لم يتقصها الوطء ومعنى أداء الامانة بالصدق وهو صادق اذا بقي جميع ما يقابل الثمن وعن أبي يوسف في العيب أنه لا يبيع من غير بيان كما اذا حصل بفعله وهو قول الشافعي وزفر على اختلاف تخريجيهما فان زفر وجب البيان باعتبار أن المشتري لو علم أنه اشتراه غير معيب لم يرض به بذلك الثمن بعد ما دخله العيب والشافعي وجب البيان باعتبار أن الاوصاف لها حصص من الثمن عنده ولا فرق فيما بين أن يحصل بفعله أو بأقصة سماوية ونحن نقول ما يقابل الثمن كله قائم فلا يسل إلى بذهب ما لا يقابل الثمن ألا ترى أنه لو توضع الثوب لا يجب عليه البيان فصار نظيره ما اذا قص بتغير السعر وفي نوادر هشام ذكر محمد فقل هذا اذا قصه العيب شيئا سيرا وان نقصه قدر ما لا يتغاضى الناس فيه لا يجوز بيعه فراجحة (ويعين بالتعيب ووطء البكر) أي يبيعه فراجحة بشرط أن يبين العيب اذا كان حاد نالاً تعيب منه سواء كان ذلك بفعله أو بفعل غيره وأخذ أرشه لانه صار مقصودا بالاتلاف فبقاؤه شيء من الثمن ووطء البكر تعيب لان العذرة جزء من العين فان زلتها تعيبها باقية البقية له الثمن وان تعيب بفعل المبيع في نفسه كما اذا فقأ عين نفسه فهو بمنزلة ما لو تعيب بأقصة سماوية فجاز أن يبيعه فراجحة من غير بيان لان فعله في نفسه هدر فلا يعتبر ثم اعلم أن المراد بقولهم يبيعه فراجحة من غير بيان أي من غير بيان أنه اشتراه سليماً بكذا من الثمن ثم أصابه العيب عنده بعد ذلك وأما بيان نفس العيب فلا بد منه بأن يبين العيب والثمن من غير أن يبين أنه اشتراه سليماً ثم حدث به العيب عنده لان بيان ما فيه من العيب واجب شرعاً لقوله صلى الله عليه وسلم من غشنا فليس منا فلا يجوز اخفاؤه ثم في كل موضع ليس له أن يبيعه فراجحة الا ببيان فلم يبين فلم يشتري أن يرد عليه اذا علم خيانه وعلى هذا لو اشترى ثوباً أصابه قرض فأرأى حرق نار يبيعه فراجحة من غير بيان ولو تكسر بشره وطيه لا يبيعه فراجحة حتى يبين لما يبين من المعنى قال رحمه الله (ولو اشترى بالف تسعة وباع بربح مائة ولم يبين خيرا المشتري) لانه يراد على الثمن لاجل الاجل فكان له شبهة بالمبيع والشبهة في هذا الباب ملحقه بالحقيقة فصار كله اشترى شيئين وباع أحدهما فراجحة على غنمها فثبت له الخيار عند علمه بتلك هذه الخيانة أو نقول ان الثمن المؤجل أنقص في المائتة من الحال ولهذا حرم الشرع النساء في الاموال الربوية فيكون ما أخذ من المشتري أزيد في الحكم فيثبت له الخيار عند علمه بذلك وكذا في التولية اذا علم أن الثمن كان مؤجلاً لا يثبت له الخيار لان الخيانة في التولية مثله في المراجعة لانهم مأمونان على الثمن الاول قال رحمه الله (فان أئلف فعلم لم بألف ومائة) أي اذا أئلف المشتري المبيع في هذه الصورة ثم علم أن الثمن كان مؤجلاً لمزمه أئلف ومائة لان الاجل ليس بمقام فلابد له من الثمن وانما فيه ترفه فزيدا لثمن لاجله فيثبت له الخيار فيما اذا كان المبيع قائماً نظراً لهذا الجانب لان اقدامه على المراجعة يقتضي السلامة عن مثل هذه الخيانة فاذا هلك أو استهلكه المشتري لم يبق له الخيار

بيان أي لان الاوصاف تابعة لا يقابلها شيء من الثمن اه غاية (قوله لا يبيعه فراجحة حتى يبين) أي لان تصرف مقصوداً نظراً بالاتلاف اه غاية (قوله ولم يبين خيرا المشتري) أي فان شاعره وان شاء قبل اه هدابة (قوله وباع أحدهما فراجحة على غنمها) أي وذلك حرام يجب الاحتراز عنه فكذا هذا اه اتقاني (قوله فيثبت له الخيار عند علمه بتلك هذه الخيانة) أي كافي العيب اه هدابة (قوله فاذا هلك أو استهلكه المشتري) أي بوجه بأن باعه أو بوجه آخر اه غاية (قوله لم يبق له الخيار) أي ولم يرجع شيء اه اتقاني

(قوله نظرا لجانب عدم المالية في الاجل حقيقة) قال الاتقاني والاجل لا يقابله شيء من الثمن حقيقة ولكن فيه شبهة المقابلة فباعثا رغبة الخيانة كان له أن يفسخ البيع أن كان البيع قائما فاما أن يسقط شيء من الثمن بعد الهلاك بمقابلة الاجل فلا اه (قوله بل يلزمه جميع الثمن) أي حالا كإيفاء المراجعة اه اتقاني (قوله وعن أبي يوسف أنه يرد قيمة الهالك ويسترد كل الثمن الخ) قال الاتقاني رحمه الله قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير روى عن محمد أنه قال للمشتري أن يرد قيمته ويسترد الثمن لأن القيمة قامت مقامه وهذا على أصله مستقيم كما في التحالف والتراد أن القيمة قامت مقامه فكذلك ههنا وروى عن أبي يوسف في النوادر أنه قال يرد قيمة العين ويسترد الثمن وهو نظير ما قال فيمن كان له على آخر عشرة دراهم جياذ فاستوفى زيوفا ولم يعلم حتى أنفقها برز زيوفا مثلها أو يأخذ الجياذ اه (قوله في المتن ومن ولى) أي باع له بالتولية اه (قوله بما قام عليه الخ) المراد بما قام عليه ما اشتراه به مع ما لحقه من المؤن نحو الصبغ والقتل اه اتقاني (قوله في المتن ولوعلم في المجلس خيرا الخ) ان شاء أخذوا ان شاء ترك اه (قوله ونظيره يبيع الشيء ٧٩) برقه أي بعلمه أعلمه البائع على الثوب أن غنمه كذا فانه

معلوم عند البائع ومجهول عند المشتري وكان البيع فاسدا لجهالة الثمن اه اتقاني (قوله وانما يخير لخلل في رضاه الخ) قال الاتقاني وانما وجب الخيار لخلل في الرضا لان الرضا لا يتحقق قبل المعرفة بمقدار الثمن كما لا يتحقق قبل الرؤية للجهل بالصواب وقد ورد الشرع في خيار الرؤية وهذا في معناه فكان ملحقا به اه

فصل في الاتقاني رحمه الله مسائل هذا الفصل لما كان البيع فيهما قيدا بوصف زائد أشبهت المراجعة والتولية من حيث ان فيهما قيدان زائد على أصل البيع وليكنهما البسطة بمرابحة ولا تولية ففي

نظر الجانب عدم المالية في الاجل حقيقة أو تقول تعذر الرد بالهلاك فبطل خياره كسائر الخيارات من خيار الشرط أو الرؤية قال رحمه الله (وكذا التولية) أي التولية مثل المراجعة فيما ذكرنا من الخيار ما دام البيع قائما وبعد الهلاك أو الاستهلاك لا خيار له بل يلزمه جميع الثمن لما ذكرنا وعن أبي يوسف أنه يرد قيمة الهالك ويسترد كل الثمن كما قال فيما اذا استوفى عشرة زيوفا مكان عشرة جياذ وعلم بعد الاتفاق برئ من الزئوف ويرجع بالجياذ وقال الفقيه أبو جعفر المختار للفتوى أن يقوم المبيع بثمن حال ومن مؤجل فيرجع عليه بفضله ما بينهما لا تعارف وهذا اذا كان الاجل مشروطا في العقد وان لم يكن مشروطا فيه ولكنه معناه متعارف بينهم أن يؤخذ منه في كل جعة قدر معلوم فيسل لا بد من سببه لان المعتاد كالمشروط والجهور على أنه يبيعه مرابحة بلا بيان لان الثمن حال وانما سأل البائع واستوفى منه الثمن ونجما وقد قالوا في المغبون غنبا فاحشاله أن يرد على بائعه يحكم الغبن وقال أبو علي النسفي فيه روايتان عن أصحابنا وبقي برواية الرد فبقا بالناس وكان صدر الاسلام أبو اليسر يفتي بان البائع ان قال للمشتري قيمة متاع كذا أو قال متاع يساوي كذا فاشترى بناء على ذلك وظاهر بخلافه له الرجوع اليه وان لم يقل ذلك فليس له الرد وقال بعضهم لا يرد به كيفما كان والصحيح أن يفتي بالردان غره والا فلا قال رحمه الله (ومن ولى رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه ففسد البيع) لجهالة الثمن جهالة تفضي الى المنازعة قال رحمه الله (ولو علم في المجلس خير) لان جهالة الثمن فساد في صلب العقد لأنه في مجلس العقد غير متقرر لان ساعات المجلس كساعة واحدة دفعا للسر وتحقيقا للبسر فصار التأخير الى آخر المجلس عقوا كذا خبر القبول الى آخر المجلس يرتبط باليجاب وان تخلت بينهما ساعات فكذا العلم الحاصل في آخر المجلس كالعالم الحاصل في أوله فيصح على تقدير الابتداء أو ما بعد الاتفاق فاصلاح لا ابتداء لتقرر الفساد بالاتفاق وهذا لا يمتثل الاصلاح ونظيره يبيع الشيء برقه فان البيع فيه فاسد فان أعلمه البائع في المجلس صح والا فلا وانما يخير لخلل في رضاه لان الرضا بالشيء لا يتم قبل العلم به

فصل قال رحمه الله (صح بيع العقار قبل قبضه) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اشترى شيئا فلا تبعه حتى تقبضه رواه أحمد ولأنه لا يقدر على

بالفصل لهذا اه (قوله وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف) قال الاتقاني وهو الاستحسان والقياس أن لا يجوز وهو قول محمد وزفر والشافعي كذا قال في شرح الطحاوي وصححة القبض بأحد الامرين اما بالتخليص كما في المنقول وغيره أو بحقيقة القبض كما في المنقول وجه قول محمد دعوى النهي وهو ما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عماله بقبض وهو بمجموعه يشمل المنقول والعقار جميعا ولان بيع المنقول قبل القبض لا يجوز فكذا غير المنقول لان عدم القبض موجود فيه ما جبرعا ولان المقصود من البيع الرجوع ورجع ما لم يضمن منه شرعا والنهي يقتضي الفساد فيكون البيع فاسدا قبل القبض كما في المنقول لانه لم يدخل في ضمانه ولهذا لا يجوز جازاته قبل القبض اه (قوله ولهما أنه لا يتوهم انفساخ العقد فيه) والاصل فيه أن لا يفسخ العقد فيه بالهلاك فالتصرف فيه جائز قبل القبض كالمهر وبدل الخلع والعقود بدل الصلح عن دم العمد وعلل الكرخي في مختصره بقوله لان هلاكه لا ينقض العقد ويكون على الذي بدله قيمته اه

بالاجماع لان الوصية أخت الميراث ولومات قبل القبض يكون موروثا للورثة فكذلك الوصية اه اتقاني (قوله ولو وهب المبيع من البائع الخ) ولورثته من البائع لان البائع لا يصلح نائبا عنه في القبض اه محيط (قوله بخلاف البيع) أي فانه لا يحتمل المجازعن الاقالة لانه ضدها اه (قوله في المتن ولو اشترى مكبلا الخ) قال الاتقاني وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة قال اذا اشترى شيئا مكبالا أو بوزن أو بعقد فاشترى ما يكال كيلا أو ما يوزن وزنا أو ما يبعده عددا فلا تبعه حتى تكيله أو تزنه أو تعده فان بعته قبل أن تفعل وقد قبضته فالبيع فاسد في الكيل والوزن وان اشترى مذارعة وقبضته ثم بعته قبل أن تذرعه فالبيع جائز هذا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير ذكر أول أنه لا يبيع العددي اذا اشتراه عددا حتى يبعده ولم يذكر أنه لو باعه قبل العدما حكمه وقال أبو الليث في شرح الجامع الصغير ذكر أبو يوسف في الامالي فقال في قول أبي حنيفة لا يجوز في قول أبي يوسف يجوز وأبو حنيفة جعل ذلك كالعقد بمنزلة الكيل والوزن وأبو يوسف جعله بمنزلة الذرع وهكذا ذكر الخلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف في مختصر الكرخي ثم ذكر الفقيه في شرح الجامع الصغير قول محمد مع أبي يوسف وهكذا ذكر عامة مشايخنا في شروح الجامع الصغير واليه ذهب صاحب الهداية ولو كان في ذلك الامام الاسيحياني في شرح الطحاوي قول محمد مع أبي حنيفة ثم اعلم أن الاموال ثلاثة أقسام مقدرات كالكيلى والوزن وعدديات ومذروعات ففي القسم الاول ان كان اشتراه مجازفة وقبضه جاز تصرفه قبل الكيل والوزن لان الكل مبيع فيكون باعاعا ملك نفسه فجاز وهذا معنى قوله بخلاف ما اذا باعه مجازفة وان اشتراه بشرط الكيل والوزن بأن قال اشترى على أنها عشرة أقفزة أو على أنه كذا ما لم يجز تصرفه حتى يعيد الكيل والوزن وذلك لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم (٨١) أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجري

فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري فلما ثبت بهذا الحديث حكم الكيل ثبت حكم الوزن أيضا لانهما يجريان مجرى واحدا لانهما شرطان الربا والفقه فيه أن النهى عن البيع يدل على فساد اذا كان معنى في المبيع وهو جهالته بيان ذلك أن البيع تناول ما يحويه الكيل والوزن وهو مجهول لاحتمال الزيادة والنقصان فان زادت

يجز عند أبي يوسف لانه عقد قليل بمنزلة البيع والاجارة ويجوز عند محمد وهو الاصح لان هذه التصرفات لا تجوز الا بعد القبض وغير البائع يصلح نائبا عن المشتري في القبض فيصير قبض المأمور قبضه أو لا يحكم النيابة ثم يصير قباضا لنفسه بالتكليف بخلاف البيع لانه يفيد الملك قبل القبض وتلك المبيع قبل قبضه فاسد وما لا يجوز بيعه قبل القبض لا تجوز اجارته لانها بيع المنفعة فلا تجوز بيع العين لتمكن غرر الانفساخ فيها بل العين المستأجرة ولا يجوز بيع الاجرة العين قبل القبض لانه بمنزلة المبيع ألا ترى أن العين لو هلكت انتقضت الاجارة ويجوز تزويج الامه المبيعة قبل القبض لان تمكن الغرر فيه لا يمنع جوازه ألا ترى أنه لو تزوج أمته لابقه جاز وان تمكن الغرر فيه فانها لا يدرى أحبة هي أم ميسرة ولو وهب المبيع من البائع قبل قبضه فقوله البائع انتقض البيع ولو باعه منه لم يصح هذا البيع ولم ينتقض البيع الاول والفرق أن الهبة مجازعن الاقالة يقال هب لى ذنبى وأقلنى عثرى بخلاف البيع قال رحمه الله (ولو اشترى مكبلا كيلا حرم بيعه وأكله حتى يكيله ومثله الموزن والمعدود) أي لو اشترى المكبل بشرط الكيل أو الموزن بشرط الوزن أو المعدود بشرط العدل لم يجز له أن يتصرف فيه قبل الكيل والوزن والعدل وان كان بعد القبض لقول جابر انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان صاع

(١١ - زيلعي رابع) الزيادة وان نقص رجع بحصته من الثمن فاذا كان يكون فيه احتمال خلط المبيع بغير المبيع والتحرر عن مثله واجب فلم يجز التصرف فيه بعد القبض قبل الكيل والوزن وان كالم البائع قبل البيع بحضرة المشتري أو غيبته لا يعتبر ذلك لانه ليس صاع البائع ولا صاع المشتري والشرط أن يوجد الصاعان منهما بالحديث وان كاله أو وزنه بعد العقد بحضرة المشتري مرة فيه اختلاف المشايخ قال عامةهم كفاه ذلك حتى يحل للمشتري التصرف فيه قبل الكيل والوزن نائبا وعند البعض لا بد من الكيل والوزن مرتين احتجاجا بالحديث والصحيح قول العامة لان الغرض من الكيل أو الوزن اعلام المبيع وافراده وذلك يحصل بالواحد فلا حاجة الى الاعادة قالوا بالحديث ورد فيما اذا وجد عقدان بشرط الكيل بأن يشتري المسلم اليه من رجل كرامن كرامن أو امرأب السلم بقبضه اقتضاء عن السلم فان ثمة بشرط صاعان صاع المسلم وصاع لرب السلم بعد ذلك فيكيله للسلم اليه أو لا ثم يكيله لنفسه لان ههنا وجد عقدان بشرط الكيل فيشترط لكل عقد كيل على حدة قلنا اذا كاله البائع بعد العقد بغيبه المشتري فلا يعتبر ذلك على قول ذلك البعض بلا شك وأما على قول عامة المشايخ فالصحيح أنه لا يكفي بذلك حتى يوجد كيل آخر بحضرة المشتري لان الكيل من جملة التسليم لان به تمتاز المعقود عليه من غيره والتسليم من الغالب لا يتحقق فاذا لم يفعل حتى باعه بعد ما قبضه فسد لجهالة المبيع لانه يحتمل أن يزيد فيخلط المبيع بغيره واستدلواعا ذكر في الجامع في بيع ففيم من صبرة اذا كالم البائع منه ففيم من صبرة غير حضرة المشتري فهناك أن البيع قائم بتعين فيما بقي ولا يقع به الافراز ومثلهما وثلاث المسئلة على السواء قال قاضيخان وان اشترى مكبلا به وباع مجازفة قبل الكيل في ظاهر الرواية لا يجوز وذكر ابن رستم في نوادره أنه يجوز اه

(قوله وفي المحيط لو كان المكيل والموزون ثمنا) أي بأن باع شيئا بمكيل أو موزون في الذمة وأما إذا كانا مشارا إليهما فلا يجوز التصرف فيه ما قبل القبض اهـ (قوله) (٨٣) والحديث محمول الخ) قال في المستصفي ومجمل الحديث اجتاع الصفتين بشرط

البائع وصاع المشتري رواه ابن ماجه والدارقطني وعن عثمان أنه قال كنت أبتاع التمر من بطن من اليهود يقال لهم بنو قيندقاع وأبيعه بريح فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا عثمان إذا ابتعت فاكمل وإذا بيعت فكل رواه أحمد ولان الكيل والوزن والعقد من تمام القبض فاصل القبض شرط لجواز التصرف فيه على ما بينا فكذا اتصافه ولأنه يحتمل أن يزيد على المشروط وذلك لا يقع في المقدرات والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه بخلاف ما إذا باعه مجازفة لان الزيادة إذا وجدته أكثر من كيل البائع بان كان كاله قبل البيع وبخلاف ما إذا باع الثوب مذارعة ولم يسم الكيل ذراع ثمنا لان الزيادة إذا الذرع وصف فيه بخلاف ما إذا بين لكل ذراع ثمنا لانه بذلك التحق بالقدرة في حق ازدياد الثمن على ما بينا فصار المبيع في هذه الحالة هو الثوب المقدور وذلك يظهر بالذرع وهذا لان القدر معقود عليه في المقدرات حتى يجب عليه رد الزيادة فيما لا يضره التبعض وتلزمه الزيادة من الثمن فيما يضره ويتقص من ثمنه عند انتقاصه هذا اذا كان الموزون غير الدراهم والدنانير وأما الدراهم والدنانير فيجوز التصرف فيه ما بعد القبض قبل الوزن لان الوزن فيه مأخذ معنى تعيين المستحق بالعقد وفي غيرهما المأخذ كذا في الايضاح وفي المحيط لو كان المكيل والموزون ثمنا يجوز التصرف فيه قبل الكيل والوزن لان الكيل والوزن من تمام القبض ويجوز التصرف في الثمن قبل القبض فلان يجوز قبل تمامه أولى فصار كالمهر المكيل فإذا كان كيل المبيع شرطا لجواز التصرف لا يعتبر كيل البائع قبل البيع وان كان بحضرة المشتري لانه ليس بكيل البائع والمشتري وهو الشرط ولا كاله بعد البيع مع غيبة المشتري لان الكيل من تمام التسليم لان المبيع به يصير معلوما ولا تسليم لا يحضره ولو كاله البائع بحضرة المشتري بعد البيع قيل لا يكتفي به لظاهر الحديث فانه اشتراط فيه صاعين والصحيح أنه يكتفي به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم والحديث محمول على ما إذا اجتمعت الصفتان على ما بينه في باب السلم ان شاء الله تعالى وجعل في المختصر المعدود كالمكيل والموزون وهو مروي عن أبي حنيفة واختاره الكرخي وعنه أنه كالمدروع وهو قول أبي يوسف ومحمد لانه ليس بعقد رأيت أنه يجوز بيعه بجنسه متفاضلا كالمدروع وجه الأول أن المعدود المتقارب يساوي الكيل والموزون فيما يتعلق به الفساد وهو وجه المبيع لاحتمال الزيادة فان من اشترى جوزا على أنه ألف فوجده أكثر يرد الزائد وان وجده أنقص سقط عنه الثمن بحسبته بخلاف الربا لانه مبني على المماثلة بدليل يوجبها وهذا أظهر ولو اشترى المكيل أو الموزون شراء فاسدا فقبضه ثم باعه بغير كيل أو وزن فالبيع الثاني جائز لان المالك في البيع الفاسد يثبت بالقبض فصار المملوك قدرا مقبوض لا قدرا لمذكور فيه فصار نظيره من استقرض طعاما بمكيل ثم باعه مكايلا لا يحتاج الى إعادة الكيل كذا في الايضاح وهذا الاستشهاد يستقيم على قول من شرط الكيل مرتين في المبيع قال رحمه الله (لا المدروع) أي لا يحرم التصرف في المبيع المدروع بعد القبض قبل الذرع وان اشتراه بشرط الذرع لان الذرع وصف له وليس بقدر فيكون كاله للمشتري بلا زيادة ثمن ولا نقصان ان وجده زائدا أو ناقصا هذا اذا لم يسم لكل ذراع غشاوان سمى فلا يحل له التصرف فيه حتى يذرع وقد بيناه من قبل قال رحمه الله (وصح التصرف في الثمن قبل قبضه) لان المطاق للتصرف المالك وقد ثبت له فيه المالك والنهي ورد في المبيع لاحتمال غرر الانفساخ ولا يتصور ذلك في الثمن لانه في الذمة ولا يتعين بالتعيين ولان الثمن ماوجب في الذمة والقبض لا يرد عليه حقيقة وانما يقبض غيره مثله عينا فيكون مضموما عليه فيلتزم ان قصاصا وهذا تصرف فيه ولا يتصور خلاف ذلك ولا فرق في ذلك بين أن يكون المقبوض من جنسه أو من خلاف جنسه اذا اكمل معاوضة وقد روى عن ابن عمر أنه قال كان يبيع الابل بالبيع فأتاخذ

المكيل وصورة رجل أسلم في كرفل لاجل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وأمر رب السلم أن يقبضه قضاء لم يكن قضاء وان أمره أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فأكاله ثم أكل لنفسه جاز كذا في الجامع الصغير والمبسوط اهـ (فرع) استقرض ثم قضاء فقبض المقرض من غير كيل حل له التصرف بلا كيل بخلاف البيع اهـ منية (قوله في المتن لا المدروع) قال الاتقاني رحمه الله وأما المذروعات كالثوب والعقار ونحو ذلك فان اشترى مجازفة أو بشرط الذرع بان اشترى على أنه عشرة أذرع مثلا فقبضه يجوز له التصرف فيه قبل الذرع لان احتمال خلط المبيع بغيره ليس ثابت لان الذرع صفة عاكسة على الأصل لا يقابله شيء من الثمن اهـ (قوله في المتن وصح التصرف في الثمن الخ) اعلم أن التصرف في الاثمان وسائر الديون من المهر والاجرة وضمنان التلقات ونحوها سوى الصرف والسلم جائز قبل القبض لان المالك مطلق وكان القياس أيضا ذلك في المبيع المنقول الا أنه ترك ذلك

للتحديث وهو معلول بغير رانساخ العقد ولم يوجد هذا المعنى في الاثمان والديون قاله الاتقاني ثم قال وأما الميراث مكان فالتصرف فيه جائز قبل القبض لان الوارث يخلف الموروث في المالك وكذا الموصي له لان الوصية أخت الميراث اهـ

مكان الدراهم الدنانير ومكان الدنانير الدراهم فكان يجوز له رسول الله صلى الله عليه وسلم بخلاف السلم حيث لا يجوز أن يأخذ بخلاف جنسه لأنه وإن كان ديناً جعله الشرع كالمبيع المعين في حق التصرف وكذا بدل الصرف لما عرف في موضعه والمراد بالتصرف في الثمن تملكه من عليه الدين بعوض أو بغير عوض حتى لا يجوز أن يملكه من غير من عليه الدين قال رحمه الله (والزيادة فيه والخط منه والزيادة في المبيع ويتعلق الاستحقاق بكله) أي يجوز للشئ أن يزيد في الثمن ويجوز للبائع أن يحط من الثمن وأن يزيد في المبيع ويلتحق بأصل العقد ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك حتى لا يكون للشئ أن يطالب بالمبيع حتى يدفع الزيادة والبائع أن يحبس حتى يستوفي الزيادة وعلل المشتري المطالبة بتسليم المبيع كله بتسليم ما بقي من الخط وقال زفر والشافعي لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة لأنه لا يمكن تصحيح الزيادة ثم أذهب بصير ملكه عوض ملكه لأنه ملك المبيع وكذا الخط لأن جميع الثمن صار مقابلاً لجميع المبيع فلا يمكن إخراج فصار برامبتداً ألا ترى أن الزيادة في المهر لا تلتحق بأصل العقد حتى لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول ولهذا حط الكل لا يلتحق بأصل العقد بل هو برامبتداً فكذا لبعض اعتبار الجزء بالكل وإنما أنهم ما بالخط والزيادة بغير أن العقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع وهو كونه خاسراً أو راجحاً أو عدلاً ولهما ولاية ذلك ألا ترى أن أهماً أن يجعله لازماً باسقاط الخيار أو غير لازم بأشراطه بعد أن وقع العقد على خلافه وهذا لأن أهماً ولاية الرفع بالكلية بالتقابل فأولى أن يكون له ما ولاية النعي لأنه دونة لكونه وصفه فإذا صح ما تحقق بأصل العقد ولزم كزومه لأن وصف الشيء يقوم به لأنفسه دل عليه قوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيت به من بعد الفريضة أي في فريضة بعد الفريضة وهذا نص على أن حكم الزيادة المفروضة بعد العقد تحكم المفروض في العقد لا ما قام الدليل عليه وقد قام الدليل على أنه لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول إلا ما كان مسمى عند العقد ولهذا لم يسم في العدة شيئاً ثم اتفقت على تسمية لا يتنصف به وإن كان واجباً وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضاً عن ملكه ولا المحطوط ثناً غير خارج عن العقد بخلاف حط الكل لأنه تبديل لأصله لأنه يتقلب هبة أو بيعاً لا ثمن فيفسد وقد كان من قصد همة التجارة بعقد مشروع من كل وجه فالالتحاق فيه يؤدي إلى تبديله فلا يلتحق به ثم فائدة الالتحاق تظهر في التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة ويماثل على الباقي في الخط ويظهر أيضاً في الشفعة حتى يأخذ بما بقي بعد الخط وإنما لا يلزمه الزيادة لأن فيه إبطال حقه الثابت بالمبيع الأول وهما لا يمكن أن لا ترى أنه ينقص جميع تصرفات المشتري حتى الفسخ ويظهر أيضاً فيما إذا استحق المبيع حتى يرجع المشتري على البائع بالزيادة ولو أجاز المشتري المبيع كان له أن يطالب بالزيادة ويظهر أيضاً في حق الفساد في الصرف حتى لو باع الدراهم بالدراهم متساوية ثم زاد أحدهما أو حط ورد المحطوط وقبل الآخر وقبض المزيد في الزيادة أو المردود في الخط ففسد العقد كأنهم معاقداه كذلك من الابتداء وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف لا يجوز الزيادة ولا تصيم هبة مبتدأه وكذلك الخط لا يصح ولا يصير هبة مبتدأه حتى يجب عليه أن يرد المحطوط وقال محمد في الزيادة مثل قول أبي يوسف وفي الخط يكون هبة مبتدأه ويظهر أيضاً فيما إذا زاد على المبيع حتى يصير له حصة من الثمن للعمال حتى لو هلكت الزيادة قبل القبض تسقط حصتها من الثمن بخلاف الزيادة المتولدة من المبيع حيث لا يسقط شيء من الثمن بهلاكها قبل القبض والفرق أن الزيادة المشروطة صارت تبعاً للأصل في حق الشبوت ضرورة الصحة فإذا أصبحت زالت الضرورة زالت التبعية وبقيت الاصلية في حق الالتحاق بأصل العقد كأنها كانت موجودة وقت العقد فأمكن تقديروا العقد عليها فصار كأن العقد ورد على الأصل وعلى الزيادة جعلاً أو ما الزيادة المتولدة بعد دومة وقت العقد فلا يمكن إلحاقها بأصل العقد فصارت مملوكة بملك الأصل لا بالعقد فإذا قبضها صارت أصلاً بالقبض لأن القبض شبه بالعقد فيصير

(قوله في المستن والزيادة فيه والخط منه والزيادة في المبيع) ذكر المصنف رحمه الله الزيادة في الثمن والخط منه والزيادة في المبيع وسكت عن الخط منه ولم أر من تعرض له من الشارحين لكن قال في المحيط اشترى فقهراً حنطة بعينه فخط عن البائع ربعه قبل القبض لم يجز لأنه عين واسقاط العين لا يصح ولو اشترى قفيزاً من صبرة ثم حط عنه ربعه قبل القبض جاز لأنه دين واسقاط الدين يصح اهـ وكتب ما نصه وبشرط القبول في مجلس الزيادة ولو لم يقبل حتى اقتراها بطلت وكذا الزيادة في المهر اهـ طرسوسي (قوله بتسليم ما بقي منه) أي الثمن بعد اهـ اتقاني (قوله وتظهر أيضاً فيما إذا استحق المبيع حتى يرجع المشتري) أي وكذا إذا استحق يرجع على البائع بما بقي بعد الخط اهـ مستصفي

(قوله ثم الزيادة لا تصح الخ) والنصر اتيان اذا تباعا خرائم أسلم ثمجز الزيادة في الثمن لأنه كالمثل في حق المسلم اه اتقاني (قوله بثبت ثم يستند) أي ولم تثبت الزيادة لعدم ما يقابلها اه (قوله وعلى هذا الخلاف في الزيادة على مهر المرأة بعد موتها) أي وكذا بعد الطلاق البائن وبعد انقضاء عتقهم في الطلاق الرجعي اه أنفع الوسائل (قوله في المتن وتأجيل كل دين غير القرض) قال في المستصفي فان تأجيله لا يصح حتى يثبت له ولاية المطالبة في الحال اذا أجزله عند الاقتراض مدة معلومة أو بعده اه وكتب ما نصه قال الطحاوي في مختصره في باب المضاربة ومن كان عليه دين (٨٤) من غير قرض فأخره إلى أجل لزمه التأخير فصار كأنه كان في أصله مؤجلا وان كان من قرض لم يجز ذلك حالا اه وكتب

أضامانصه قال في شرح الأقطع قال زفر لا يلحق الأجل بالعقد وبه قال الشافعي لأنه دين حال فلا يتأجل كالقرض اه اتقاني (قوله فان كانت الجهالة فاحشة كهبوب الرمح) أي ومحجى الحاج وقدوم رجل من سفره اه اتقاني (قوله جاز كما في الكفالة) أي بخلاف البيع إلى الحصاد والدياس والحداد فانه يفسد البيع لانقضائه إلى المنازعة وقد بينا ذلك في آخر البيع الفاسد وهو المارد بقوله وقد ذكرنا من قبل اه اتقاني (قوله فان المعبر اذا وقت) أي إلى سنة اه مستصفي (قوله أنه يرجع فيه) أي من ساعته اه مستصفي وكتب ما نصه والحيلة في صحة تأجيل القرض أن يجعل المستقرض المقرض على آخر دينه ويؤجل المقرض ذلك الرجل مدة معلومة فانه يصح اه فصول العمادية وذكر هذا الشارح رحمه الله تعالى في باب الكفالة من هذا الشرع أنه اذا استكمل بالمال الحال

لها حصه من الثمن حتى لو وجد بأحد هما عيبا رده بحصته من الثمن بقسم الثمن على قيمة الاصل يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض ويظهر أيضا فيما اذا زوج أمته ثم أعتقها ثم زاد الزوج على مهرها بعد العتق تكون الزيادة للولي ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لأن المبيع لم يبق على حال يصح الاعتراض عنه والشئ يثبت ثم يستند بخلاف الخط لأنه اسقاط محض فلا يشترط لصحته قيام العقد وقال في المحيط وفي رواية النوادر تجوز الزيادة بعد الهلاك بعد نزلة الخط لان الزيادة حال ثبوتها لم يقابلها عوض وانما يقابلها بعد النكاح بأصل العقد فيعتب بقيام المبيع حالة النكاح لاحالة الثبوت وذكر محمد في المتنق لو اشترى جارية وقبضها فاشتت فزاده بالساقع جارية أخرى جاز لان هذه الزيادة تثبت بمقابلة بالثمن والثلث قائم ولو زاد المشتري في الثمن لم يجز لان الزيادة في جانبته تثبت بمقابله بالمبيع والمبيع هالك وهالك المبيع يمنع الزيادة في الثمن والهالك الحكي ملحق بالهالك الحقيقي وذلك بان باع المبيع ثم اشتراه ثم زاد في الثمن لا يجوز لأنه يتبدل سبب المالك ارتفع العقد الاول وصار العقد عليه هالك الحكم ولو أعتق المبيع أو كاتبه أو دبره أو استولد الأمة أو تخمر العصب أو أخرجه عن ملكه ثم زاد عليه جاز عند أبي حنيفة خلافا لهم ما وعلى هذا الخلاف في الزيادة على مهر المرأة بعد موتها وانما يلحق الخط بأصل العقد اذا لم يكن المخطوط تبعا ووصفا أما اذا كان تبعا فلا يلحق بأصل العقد حتى لو اشترى دارا بألف جيا دفن قد زوفا أو نهر جرة ورضي المائع بذلك فان الشفيع لا يأخذ الدار بغيره ولا يجوز الزيادة في المسلم فيه لانه معلوم حقيقة وانما جعل البائع فان الشفيع يأخذ الدار بغيره ولا يجوز الزيادة في المسلم فيه لانه معلوم حقيقة وانما جعل موجودا في الذمة لحاجة المسلم اليه والزيادة في المسلم فيه لا تدفع حاجته بل تزيد في حاجته فلا يجوز وكذا لا تجوز الزيادة في المنكوحه لان الشرع ماورد بتملك الزيادة المتولدة من المملوكه بالنكاح تبعا للنكوحه قال رحمه الله (وتأجيل كل دين غير القرض) أي يجوز تأجيل كل دين غير دين القرض لان المطالبة بحقه فله أن يؤثره ألا ترى أنه عليك اسقاطها بالبراء فأولى أن عليك اسقاطها مؤقتا بالتأجيل ولو أجله إلى أجل مجهول يتظر فان كانت الجهالة فاحشة كهبوب الرمح لا يصح وان كانت يسيرة كالتأجيل إلى الحصاد جاز كما في الكفالة وقد ذكرناه من قبل وفي دين القرض لا يجوز التأجيل خلافا لما نالك هو يقول أنه حقه فيجوز تأخير المطالبة فيه كما في سائر الدون ولنا أن انقراض عارة وصلة ابتداء وهذا يصح بلفظ الاعارة ولا يمكن من الاعارة التبرع كالصبي والولي والمكاتب والعبد المأذون له في التجارة ومعاوضة انتهاء حتى يلزمه رده مثله فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه كلاعارة فان المعسر اذا اوقت له أن يرجع فيه قبل الوقت وعلى اعتبار الانتهاء لا يجوز التأجيل لان الجنس باذنه يحرم النساء لاسيما اذا تملك العلة وحرم انتفاضها ولان الاجل لو لم فيها صار التبرع ملزما على المتبرع وهو لا يجوز لقوله تعالى ما على المحسنين من سبيل بخلاف ما إذا أوصى بان يقرض فلان من ماله ألف درهم إلى ستة حيث يجوز من الثلث ويلزم ولا يطالب حتى تضي المدة لانه وصية بالتبرع والوصية يتسامح فيها ما لا يتسامح في غيرها انظر اللوصي ألا ترى أنها تجوز بالخدمة والسكنى وتلزم

مؤجلا إلى شهر يتأجل على الاصل أيضا اه ومثله في الكافي ولكن الشارح لم يذكر حجة في تأجيل القرض وكذا في السكافي اه باب (قوله وعلى اعتبار الانتهاء لا يجوز الخ) قال في المستصفي وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدرهم بالدرهم نسيئة والتأجيل انما يكون في حالة البقاء فلهذا لا يصح أو يقال ان بدل القرض في الحكم كأنه عين المقبوض اذ لو لم يجعل كذلك كان مبادلة الشيء بجنسه نسيئة وأنه حرام واذا كان كذلك يكون عارية ابتداء وانتهاء والتوقيت في العواري غير لازم فكذا الاجل في القرض ولو صححنا على معنى أنه يصير لازما لأخر جنسه من أن يكون عارية ومن أن يكون بدل القرض في حكم عينه فيكون مبادلة الشيء بجنسه نسيئة وانتهى حرام وهذا الوجه أوجه اه

باب الزبا

الربا اسم من ربا الشيء يربوا إذا زاد والمصدر ربا به عني ذكر الربا وهو منهي عنه بقوله تعالى لا تأكلوا الربا بعد ما ذكر أبواب البيع وهو مأثور به بقوله تعالى وابتغوا من فضل الله لأن النهي بقوله الأمر لأن الأمر طلب الاتحاد والنهي طلب الاعداد واعداد الشيء يقتضي سابقة وجوده لا محالة اه اتقاني وكتب ما نصه اعلم أن الربا نوعان ربا الفضل وربا النسيئة فالأول فضل مال على القدر الشرعي وهو الكيل والوزن عند اتحاد الجنس والثاني فضل المألول على الأجل وفضل العين على الدين في المكيلين والوزن عند اختلاف الجنس أو في الجنس غير المكيلين والوزن في أه اتقاني وكتب أيضا على قوله باب الربا ما نصه هو من البيوع المنهية قطعاً بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا بسبب زيادة فيه فمناصبته بالمرجحة أن في كل منهما زيادة لأن ثلاث حلال وهذه منهيبة والحل هو الأصل في الأشياء فقدم ما يتعلق بثلاث الزيادة على ما يتعلق بهذه الزيادة والربا بكسر الراء وقصه خطأ اه فتح (قوله وسمى المكان المرتفع ربوة) قال في المصباح والربوة المكان المرتفع بضم الراء في الأكثر والفتح لغة بني تميم والكسر لغة اه (قوله والشعير بالشعير والتربا بالتمر) وتخصيص هذه الأشياء الستة بالذكر لأن عامة المعاملات الستة مؤثدين المسلمين كان فيها اه كمال (قوله في الثمن وعلمته) قال في الهداية قاله الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس قال رضى الله عنه ويقال القدر مع الجنس وهو أشمل اه قال السكال (٨٥) وقد يقال بدل الكيل والوزن انقدر وهو أشمل وأخصر لكنه يشمل ما ليس بصحيح إذ يشمل الذرع والمعدن وليس من أحوال الربا اه وكتب ما نصه ثم اعلم أن الخبر المروي عن أبي سعيد وعبد عباد معلول أم لا قال القائلون بأجمعهم انه معلول لكنهم اختلفوا في العلة فقال أصحابنا العلة القدر مع الجنس وعدوا هذا الحكم إلى كل مكيل أو موزن قبول بنفسه حتى أثبتوا هذا الحكم في الجص والنورة ونحوه ما لوجود الكيل وأثبتوه في الحديد والنحاس والرصاص ونحو ذلك لوجود الوزن اه اتقاني

باب الزبا

قال رحمه الله (هو فضل مال بلا عوض في معاوضة مال بمال) وهذا في الشرع وفي اللغة هو مطلق الزيادة قال الله تعالى وما آتيتكم من ربا إلى قوله فلا يربو عند الله وسمى المكان المرتفع ربوة لزيادته على سائر الأماكن ارتفاعا والربا يحرم بالكتاب والسنة وإجماع الأمة أما الكتاب فقوله تعالى وأحل الله البيع وحرم الربا وأما السنة فخاروى عن ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم لعن أكل الربا وموكله وشاهديه وكتابه ورواه أبو داود وأحمد والترمذي وصححه وقال عليه الصلاة والسلام الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والمخ بالمخ مثلاً بمن لا يدعي أن زاد أو استراد فقد أربى الأخذ والمعطى فيه سواء رواه البخاري وأحمد وعنه عبد الله بن حنظلة غسيل الملائكة أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم درهم ربا ياكله الرجل وهو يعلم أشد من ست وثلاثين زنية رواه أحمد وأجمعت الأمة على تحريمه حتى يكفر جاحده قال رحمه الله (وعلمته القدر والجنس) يعني بالقدر الكيل في المكيل والوزن في الموزن وعند الشافعي العلة الطعم بانفراده في المطعومات والثمنية بانفراده في الأثمان والجنس شرط عنده لحديث ممر بن عبد الله قال كنت أسمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول الطعام بالطعام مثلاً بمن لا كان طعامنا يومئذ الشعير واه مسلم وأحمد وجه الاستدلال به أن الطعام مشتق من الطعم فذكره يدل على أنه علة أذ ترتب الحكم على الاسم المشتق دليل على أن ما أخذ الاشتقاق علة له كافي قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما وكافي قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة فعلة القطع والجلد

رحمه الله وكتب أيضا ما نصه وقال داود بن علي ومن تابعه من أصحاب الظواهر أن الخبر غير معلول ولا يجري الربا بالآ في هذه الأشياء الستة المذكورة في الخبر اه اتقاني قال السكال قوله والحكم يعني حرمة الربا أو وجوب التسوية معلول بإجماع القائلين بوجوب القياس عند شرطه بخلاف الظاهرية وكذا عثمان البتي فان عندهم حكم الربا مقتصر على الأشياء الستة المنصوصة المتقدم ذكرها أما الظاهرية فلا ينفون القياس وأما عثمان البتي فلا يشرط في القياس أن يقوم دليل في كل أصل أنه معلول ولم يظهر هنا ولا يطل العدول لا يجوز كافي قوله خمس من الفواسق اه (قوله وعند الشافعي العلة الطعم بانفراده الخ) قال الاتقاني رحمه الله ثم فائدة الخلاف في الفضل على ما قال في التحفة تظهر في موضعين أحدهما في بيع مطعوم بجنس غير مقدر كببيع الحفنة بالحفنتين والسفرجلة بالسفرجلتين ونحوهما يجوز عندنا لعدم القدر ولا يجوز عندنا لوجود العلة وهي الطعم والثاني في بيع مقدر غير مطعوم كببيع قفيزي جص أو من حديد بمنوى حديد لا يجوز عندنا في الجص لوجود علة ربا الفضل وهي الكيل والجنس وعنده يجوز لعدم العلة وهي الطعم وفي الحديد لا يجوز عندنا لوجود الجنس والوزن وعنده يجوز لعدم الثمنية والطعم وأجمعوا أنه إذا باع قفيز أرز بقفيزي أرز لا يجوز لوجود الكيل والجنس عندنا ولوجود الطعم والجنس عنده وكذا أجمعوا أنه إذا باع من زعفران بمنوى زعفران أو من سكر بمنوى سكر لا يجوز لوجود الوزن والجنس عندنا ولوجود الجنس والطعم عنده اه (قوله والجنس شرط عنده) أي لعل العلة عملها لأن الطعم والثمنية لا يعمل الا عند وجود الجنس اه

(قوله أبي سعيد الخدري) لفظ الخدري ليس في خط الشارح اه (قوله استعمال رجلا) يقال له سواد من غزبة اه (قوله فقال لا تفعل
بمع الجمع) قال في المغرب والجمع (٨٦) الذل لانه يجمع ويخط من غرضين نخلة وقيل كل لون من النخل لا يعرف اسمه

السرقه والزنا لان قوله عليه الصلاة والسلام فيما رواه البخاري ومسلم لا تتبعوا الذهب بالذهب الامثلا
بمثل الحديث يدل على تضيق تحصيله لان الابتداء بالذهب مشعر بان حرمة البيع أصل فيه والجواز
معارض وهو التقابض والمساواة مختص اذ لو اقتصر على قوله لا تتبعوا المماز بيعه وتعلق جواره بشرطين
يدل على عزته وخطره كالك البضع ضيق تحصيله باشتراط الشهود والمهر لعزته وخطره فيعمل بعلة تناسب
العزة وهي الطعم في المطعومات لبقاء النفس به والثمنية في الاثمان لبقاء الاموال التي هي مناط مصالحها
بها ولا أثر للجنسية والقدر في زيادة العزة والخطر لوجودهما في خطير وحقيق لكن الحكم لا يثبت الا عند
اتحاد الجنس فجعلنا بشرطا والحكم بدور مع الشرط كالرجم مع الاحصان والفرق بين الشرط والعلة
ان العلة مؤثرة في الحكم دون الشرط فانه يضاف وجوده الى العلة عند وجود الشرط لا الى الشرط وقال
مالك العلة الاقتيات والادخال لانه عليه الصلاة والسلام خص بالذكر فيما روينا كل مقتات ومدخر ولان
العزة والخطر به أكمل فكان أنسب وأولى بالاعتبار ولنا ما روي عن عبادة وأنس أن النبي صلى الله عليه
وسلم قال ما وزن مثل عثل اذا كان نوعا واحدا وما كيل مثل ذلك فاذا اختلف النوعان فلا بأس به رواه
الدارقطني وجه التمسك به أنه عليه السلام رتب الحكم على الجنس والقدر وهذا نص على أنهما علة الحكم
لما عرف أن رتب الحكم على الاسم المشتق نبي عن عليهما أخذ الاشتقاق لذلك الحكم فيكون تقديره
المكيل والموزون مثلا عثل بسبب الكيل أو الوزن مع الجنس والذي يدل عليه حديث أبي سعيد وأبي
هريرة فيما رواه البخاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمال رجلا على خير فقامهم بنرجين فقال
أ كل خير خير هكذا فقال انا أخذنا الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة فقال لا تفعل بيع الجمع
بالدرهم ثم اتبع بالدرهم جنينا وقال في الميزان مثل ذلك أي في الموزون ان نفس الميزان ليس من أموال
الربا وهو أقوى حجة في عالية القدر وهو بمومه يتناول الموزون كله الثمن والمطعوم وغيرهما فيكون حجة
عليهما في منعهما ذلك وكذا في حديث ابن عمر رضي الله عنهما أنه عليه الصلاة والسلام قال لا تتبعوا
الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين المراد ما يحل الصاع اذا لا يجري الربا في نفس الصاع وهو عام فيما يحله
فيتناول المطعوم وغيره فيكون حجة عليهم ما لا يقال انه مجاز فلا عموم له لكونه ضروريا لا ناهي له عموم
كالحقيقة وهذا لان الحقيقة انما تتم لا مرزائد عليها لا ككونها حقيقة والمجاز يشتركها في هذا المعنى فيعم
ولان المقصود التماثل اذا لم يبيع نبي عن التقابل وذلك بالتماثل واعتباره الشارع فأوجه صيانة لاموالهم
عن التوى وتيمم الملة ائمة بالتسليم من الجانبين فيكون الزائد عليه قد رأتوا على صاحبه بلا عوض وكذا
الحال خير من المؤجل فتعوت به التسوية وفائدة المبايع لفوات القدرة على التصرف في المؤجل وهو المراد
بقوله عليه الصلاة والسلام مثل عثل فعند قوته تلزم الحرمة وهو المراد بقوله صلى الله عليه وسلم والفضل ربا
فيعمل بعلة تؤثر في ايجاب التماثل فيتعين القدر والجنس لذلك لان ما يوجبانه اذا التماثل بين شيئين يكون
باعتبار الصورة والمعنى لان كل محدث موجود باعتبارهما فالعيار يسوى الذات والجنسية تسوى المعنى
لاستوائهما في المقصد ألا ترى أن كيلا من بريساوي كيلا من أرز أو شعير في الصورة ولا معتبر به لعدم ما قلنا
ولا معتبر بالتفاوت في الوصف لانه لا يعد تفاوت في العادة ولانه قلبا يوجد فيه غير متفاوت فاشتراط التساوي
فيه يؤدي الى سد باب البياعات وهو مفتوح والطعم والاقتيات والثمنية والادخار من أعظم وجوه المنافع
والحاجة اليها من أشد الحاجات وأهمها فسنه الله تعالى في مثله التوسعة والاطلاق دون التضيق ألا ترى
أن الميتة أباحها عند الحاجة وكذا أجاز الانتفاع بالغنمة قبل القسمة في دار الحرب لمظنة الحاجة

فهو جمع ثم غلب على التمر
الردى ومنه الحديث بيع
الجمع بالدرهم ثم اتبع
بالدرهم جنينا والجنين
من أجود التمر اه وقال في
المغرب أيضا الذل من أرد
أ التمر اه (قوله قال لا تتبعوا
الدرهم بالدرهمين) أي
ولا الدينار بالدينارين اه
غاية (قوله المراد ما يحل
الصاع) أي ويجاوزه مجازا
اه اتقاني (قوله اذا لا يجري
الربا في نفس الصاع) أي
لان بيع المكيل عكاليين
يجوز بالاجماع اه اتقاني
(قوله فيتناول المطعوم وغيره)
والدليل على فساد علة أنه
يجوز بيع الحيوان بالحيوان
متفاضلا مع وجود الطعم
ويجوز عندهم بيع الرطب
على رأس النخل بالتمر على
وجه الارض فيما دون
خمس أو سق وان كان
مطعوما متفاضلا اه غاية
(قوله وهذا لان الحقيقة
انما تتم لا مرزائد) وذلك
اما الالف واللام أو لفظ
الجمع أو الجنس اه من خط
الشارح (قوله ولان المقصود)
أي المقصود من قوله عليه
الصلاة والسلام الحنطة
بالحنطة ايجاب التماثل
لا ايجاب البيع اه (قوله
صيانة لاموالهم عن التوى)

لان أحد البدلين اذا كان أنقص من الآخر يكون الزائد خاليا عن العوض وفيه تلف الزائد فاشتراط المماثلة حتى تصان عادة
أموال الناس واليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم بقوله والفضل ربا أي الفضل على المتماثل ربا أي ان الذي نطق به القرآن بقوله وحرّم
الربا المراد به هذا الفضل اه اتقاني (قوله والطعم والاقتيات) هذا جواب عن متمسك الشافعي اه

(قوله ولا تسلم أن حرمة البيع أصل الخ) قال الاتقاني رحمه الله عند قوله وإذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم إليه حل التفاضل والنساء لأن الأصل في البيع الحل لقوله تعالى وأحل الله البيع ونهى عن الفحشاء والمنكر والحرمات إنما الحُرمة بعرض على الربا وهي القدر والجنس فإذا انعدمت علة الحرمة كان حلالاً بالحل الأصلي اهـ (قوله كالحفنة من الحنطة الخ) والخمس حفنات ليست حفنات إذا لم تبلغ نصف الصاع اهـ (قوله في المتن فخرم الفضل الخ) قال الكمال رحمه الله وصائر الموزونات خلاف النقدا لا يجوز أن يسلم في الموزونات وأن اختلفت أجناسها كاسلام حديد في قطن أو زيت في جبن وغير ذلك إلا إذا خرج من أن يكون وزناً بالصناعة إلا في الذهب والفضة فلو أسلم شيئاً فيما بوزن جاز إلا في الحديد لأن السيف خرج من أن يكون موزوناً ومنعه في الحديد لا لتحديد الجنس وكذا يجوز بيع اناء من غير التقدير بمثله من جنسه يدا بيد فحاشا كان أو حديد أو كان أحدهما أثقل من الآخر بخلافه من الذهب والفضة فإنه يجري فيها بالفضل وإن كانت لا تباع وزناً لأن صورة الوزن منصوص عليها في ما فلا تتغير بالصناعة فلا يخرج عن الوزن بالعادة وأورد أنه ينبغي أن يجوز حينئذ اسلام الحنطة والشعير في الدراهم والدنانير لا بخلاف طريقة الوزن أوجب بأن امتناعه لا امتناع كون النقد مسلياً فيه لأن المسلم فيه مبيع وهمامة عينان للثمنية وهل يجوز بيع أقل من أن كان بلفظ البيع يجوز بيعاً بثمن مؤجل وإن كان بلفظ السلم فقد قيل لا يجوز قال الطحاوي ينبغي أن ينعقد بيعاً بثمن مؤجل اهـ (٨٧) (قوله والنساء) بالتبليس غير اهـ كمال

(قوله كالهروى بالهروى)
قال الكمال وكذا إذا باع عبداً بعبداً إلى أجل لوجود الجنسية ولو باع العبد بعبدين أو الهروى بهرويين حاضراً جاز اهـ وكتب مائنه قال في شرح الطحاوي أنه إذا باع ثوباً هروياً بثوب هروى أو مروياً بهروى نسيئة لا يجوز عندنا ويجوز عنده وكذا لو باع حيواناً بحيوان فهو على هذا الاختلاف وأجبعوا أن التفاضل محل وكذلك اسلام التكيلات في المكيلات والموزونات في الموزونات

عامة بخلاف سائر الاموال المشتركة ولما كانت حاجة الحيوان الى الهواء والماء والتراب والنفس أشد جعله الله أوسع من غيرها وكل ما اشتدت الحاجة اليه كانت التوسعة فيه أكثر فعليه على وجوب التوسعة على التضييق من فساد الوضع لأن معنى فساد الوضع أن يفسد وضع ذلك الحكم على ذلك الدليل لكونه يقتضى خلاف ذلك الحكم فيضاده ولا تسلم أن حرمة البيع أصل بل الأصل هو الحل والحرمة إذا ثبتت انما تثبت بالدليل الموجب لها وهذا لأن الاموال خلقت للإتصال فيكون باب تحصيلها مفتوحاً فيجوز ما لم يقم الدليل على منعه بخلاف النكاح لأن المالك فيه يرد على البضع وهو محتزم فيناسب التضييق أعزاً له لشرف الأذى فعلم بذلك أن قوله المساواة مختص بطل وليس كذلك مخلصاً فهو مختص في حالة التساوى وعلة الحرمة في حالة التفاضل والشئ الواحد يتضمن حكماً متضادين في محليين مختلفين كالنكاح ثبت الحل في المنكوحه والحرة في أمهات كذا القدر والجنس بوجبان الحرمة عند التفاضل والحل عند التساوى وهو المراد بقوله لهما علة الربا والقاطع للشغب أنه صلى الله عليه وسلم شرط التماثل بقوله مثلاً بمثل والتماثل يكون بالوزن أو الكيل لا غير فعلم بذلك أن ما لا يكال ولا يوزن لا يكون من الاموال الربوية وأن الاموال الربوية هي التي تكون من ذوات الامثال وما لا يكون من ذوات الامثال ليست من الاموال الربوية إذا حكمتم لا يثبت بدون محله ولها هذا قالوا لا يجري الربا فيما لا يدخل تحت المعيار كالحفنة من الحنطة والشعير وكذلك من الذهب والفضة لعدم ما قلنا قال رحمه الله (فخرم الفضل والنساء بهما) أى بالجنس والقدر لما بينهما علة الربا قال رحمه الله (والنساء فقط بأحدهما) أى حرم النساء وحل التفاضل بوجود أحدهما أما القدر دون الجنس كالحنطة بالشعير أو الجنس دون القدر كالهروى بالهروى لقوله

تحو الحديد والرصاص وما أشبه ذلك يجوز عنده ويرد عليه المظعوم في المظعوم نسيئة لا يجوز كالحنطة في الشعير وجوابه أن التفاضل في بيع الطعام شرط عندى ولم يوجد اتفاض ففسد العقد بهذا لا لكونه نساءً قال صاحب الايضاح وهو إذا خرق لأجاء العجاجة فإنهم انفقوا على حرمة النساء وجه قول الشافعي في أن الجنس بانفراده لا يحرم النساء ما روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبي صلى الله عليه وسلم جهز جيشاً فأمرني أن أشتري بغيرا بغيرين إلى أجل ولأن حقيقة الفضل لا تحرم بالأجاء وهذا لا يجوز بيع الواحد بالآخرين كالهروى بالهروى والمروى بالمروى وبين فلان لا تحرم شبهة الفضل وهي فضل الحلول على النسيئة أولى وأخرى ولنا ما روى أبو داود في السنن وقال حدثنا موسى بن اسمعيل قال حدثنا جاد عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ولأن الجنس أحد وصفي علة الربا فيعتبر في تحريم النساء كالوصف الآخر ولهذا لا يجوز بيع الحنطة بالشعير نسيئة بالاتفاق ولأن الحكم يثبت بقدر ثبوت العلة فإذا وجدت علة حقيقة بوجوه وصفي العلة تثبت حرمة الربا حقيقة وإذا وجدت شبهة العلة بوجوه أحد وصفي العلة تثبت شبهة الربا واحتراز عن شبهة الربا واجب كالا حتراز عن حقيقة الربا بالان شبهة في باب الحرمات ملحقة بالحقيقة بحقيقة أن أحد وصفي علة الربا من القدر والجنس إذا وجد كان ذلك مال الربا من وجه لحصول التساوى بينهما من وجهه أما إذا تبا الكيل أو معنى بالجنس والفضل من حيث الحلول فضل من حيث المعنى فيثبت به الربا من وجهه لأن الحكم يثبت بقدر العلة فيعتبر عنده

والجواب عن الحديث قيل انه كان في دار الحرب وقد أخذ عبد الله من أهل الحرب ولا ربا بينهما عندنا وقيل انه كان قبل تحريم الربا اه
 اتقاني (قوله ولان اجتماعهما حقيقة) أي القدر والجنس اه (قوله فيحرم بحقيقة العلة) وذلك بوجود وصف العلة اه (قوله ويحرم
 بشبهة العلة) وهي أحد وصفي العلة اه (قوله فلا يلزم المحذور) أي وهو توزيع أجزاء الحكم على أجزاء العلة اه (قوله اذ النقدان يوزنان
 بالصنجات) أي والمناقبيل والزعفران وأمثاله بالامانة والقبان وهذا اختلاف الوزن بينهما صورة والنقود لا تعين بالتعيين والزعفران
 ونحوه بتعين بالتعيين وهذا اختلاف بينهما معنى والتصرف في النقود قبل القبض جائز بخلاف الزعفران ونحوه ولهذا اذا اشتري دنائير
 أو دراهم موزونة وقبض كان له أن يبيعه موزونة بعد أن أعاد الوزن وفي الزعفران ونحوه يشترط إعادة الوزن اذا اشترى موزونة وهذا اختلاف
 بينهما حكما اه اتقاني (قوله فكانا مختلفين صورة ومعنى وحكما) هذا على طريق ألف والنشر فقوله صورة يرجع الى أن القطن يوزن
 بالامانة والنقدين بالصنجات وقوله ومعنى يرجع الى قوله تعينان بالتعيين وقوله وحكما يرجع الى قوله ويجوز التصرف فيهما قبل الوزن اه
 (قوله في المتن وحلا بعد مهما) كما اذا اختلف النوعان مما لا يكال ولا يوزن حيث يجوز التفاضل بأن يباع اثنان بواحد كالثوب المروى بالمروى
 والجوز البليض والحيوان بالثياب ويجوز (٨٨) نسيئة أيضا اه غاية (قوله وصح بيع المكيل كالبر والسعير الخ) اعلم أن ما كان مكيدا

أو موزونا على عهد رسول الله
 صلى الله عليه وسلم لا يغير
 أبدا عن ذلك بل يعتبر بما كان
 مكيدا في عهد مكيدا ويشترط
 فيه التساوى بالكيل
 ولا يلتفت الى التساوى في
 الوزن دون الكيل حتى
 لو تساوى الخنطة بالخنطة
 وزنا لا كيدا لم يجز وكذلك
 السعير بالشعير والتمر بالتمر
 والمخ بالمخ وما كان موزونا
 في عهده يعتبر موزونا أبدا
 ولا يلتفت الى التساوى في
 الكيل دون الوزن حتى
 لو تساوى الذهب بالذهب
 كسلا لا وزنا لم يجز وكذلك
 الفضة بالفضة وذلك لان
 طاعة النبي صلى الله عليه

عليه الصلاة والسلام الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والسعير بالشعير والتمر بالتمر والمخ بالمخ
 مثلاً بمثل سواء بسواء فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يد بيد واهم مسلم واحد
 وغيرهما من أئمة الحديث ولان اجتماعهما حقيقة العلة فيكون لاحدهما شبهة العلة فيحرم بحقيقة العلة
 حقيقة الفضل وهو القدر لانه تفاضل حقيقة ويحرم بشبهة العلة شبهة الفضل وهو النساء لانه يشبه
 الفضل فليس يتنازل حقيقة عما لا دليل بقدره ولا يقال أحدهما جزء العلة وبه لا يثبت الحكم ولا شيء
 منه فكيف يثبت بأحدهما حرمة النساء لانا نقول أحدهما علة تامة لهذا الحكم وهو حرمة النساء وان
 كان بعض العلة في حق ربا الفضل حقيقة فلا يلزم المحذور ويشترط أن يجمعهما الوزن من كل وجه وان
 لم يجمعهما جازا النساء أيضا كالنقدين مع القطن ونحوه لان صفة وزنهما مختلف اذ النقدان يوزنان
 بالصنجات ولا يتعينان بالتعيين ويجوز التصرف فيهما قبل القبض وبعده قبل الوزن بخلاف غيرهما من
 الموزونات فكانا مختلفين صورة ومعنى وحكما فلا يحرم النساء والذي يدل ذلك عليه أنه صلى الله عليه وسلم قال
 من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الحديث أجاز السلم بالوزن مطلقا مع ان الدراهم هو الغالب في
 رأس المال ولو لم يجز لكان رداله بالرأى وهو لا يجوز قال رحمه الله (وحلا بعد مهما) أي حل التفاضل
 والنساء بعدم الجنس والقدر لعدم العلة الموجبة للحرمة اذ الأصل الجواز على ما ينشأ والحرمة تعارض فيجوز
 ما لم يثبت فيه دليل الحرمة ألا ترى أن الله تعالى أباح البيع بقوله وأحل الله البيع فيجرى على إطلاقه فيما
 لم يوجد فيه دليل الحرمة على ما بينا من قبل قال رحمه الله (وصح بيع المكيل كالبر والسعير والتمر والمخ
 والموزون كالنقدين وما ينسب الى الرطل بحسنه متساويا لا متفاضلا) أما بيع المكيل والموزون غير
 المنسوب الى الرطل فقد ذكرناه وبيناه أحكامهما وأما ما ينسب الى الرطل منه فالمراد به كل شيء وقع عليه كيل

وسلم واجبة علينا ولان النص أقوى من العرف لكونه ثابتا بالنص قال عليه الصلاة والسلام ما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله الرطل
 حسن قال القدوري وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس وهذا الماروي ينافي الحديث وروى عن أبي يوسف أن العرف يعتبر على
 خلاف المنصوص عليه ووجهه أن النص انما ورد بالكيل أو الوزن لجران العادة في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم كذلك واذا تبدلت
 العادة يؤخذ بها وترك تلك العادة في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى لو باع الخنطة بالخنطة مع التساوى في الوزن دون الكيل لم يجز
 عندهما خلافا له وكذلك لو باع الذهب بالذهب مع التساوى في الكيل دون الوزن لم يجز عندهما وان كان العرف يجري بوزن الخنطة وكيل
 الذهب اه اتقاني قوله ولان النص أقوى من العرف قال الكمال لان العرف جاز أن يكون على باطل كعارف أهل زماننا في اخراج الشموع
 والسرر الى المقابر الى العبد والنص بعد ثبوته لا يحتمل أن يكون على باطل ولان حجية العرف على الذين تعارفوه والتموه فقط والنص
 حجة على الكل فهو أقوى ولان العرف انما صار حجة بالنص وهو قوله عليه الصلاة والسلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وفي
 المجتبى ثبت بهذا أن ما يعتاده أهل خوارزم من بيع الخنطة الربعية بالخر بفضة موزونة متساويا لا يجوز اه وقوله ولان حجية العرف
 الخ فيه تأمل يجب تحريره اه اتق (قوله وأما ما ينسب الى الرطل الخ) قال في الهداية وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني معناه ما يباع
 بالواقي لانهم اقدرت بطريق الوزن حتى يحسب ما يباع بها وزنا بخلاف سائر المكاييل اه

(قوله فيكون مجازفة فيبطل) أى المساواة فى الاموال الربوية شرط جواز العدة فاذا عدت المساواة ثبت العقد ويثبت الملك للمشترى بالقبض اه كفى فى الاكراه اه (قوله لا يجوز بالاواقى) أى المقدر بالاواقى اه اق وكتب على قوله بالاواقى أى بالكيل الاواقى اه (قوله اذلا فرق بين كيل وكيل على ما بينا) ويمكن الجواب عنه بأنه انما جاز بالكيل الاواقى (٨٩) دفعنا للخرج فتوهم الفضل بالوزن لا يعتبر

بجلاف الكيل المجهول فانه لا ضرورة فيه اه (قوله ولو اعتبر لانسداد البياعات) وهو مفتوح لان الحنطة لا تكون مثلا لحنطة أخرى من كل وجه اه اتقانى (قوله الاهاه وهاء) على وزن هاع بمعنى خدمته والقصر خطأ اه اتقانى قال السكال وهاء ممدود من هاء وألف وهمة بوزن هاع مبنى على الفتح ومعناه خذ بمعنى هو ربنا الا فيما يقول كل منهما لصاحبه خذ اه (قوله بخلاف الصرف) لانه لا يتعين الا بالقبض فيشترط فيه ليتعين قال الاتقانى رحمه الله ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام يدا بيد عينا بعين بدليل ما روى الطحاوى مسندا الى عبادة ابن الصامت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تبسع الذهب بالذهب ولا الورق بالورق ولا السبر بالسبر ولا الشعير بالشعير ولا التمر بالتمر ولا الملح بالملح الاسواء بسواء عينا بعين فعلم أن المراد من اليد باليد التعيين الآن التعيين فى الصرف لا يتحقق قبل التقاض لما مر آنفا فلهذا

الرطل فانه يعتبر موزونا لانه مقدر بطريق الوزن وذلك مثل الادهان فانه موزون غير أنه لم يستعمل الا فى وعاء يشق عليهم وزنه بالامناء والصنجات فى كل وقت بالوعاء فقد روى عن الارطال والامناء فاكفى به دفعنا للخرج فبقى موزونا على حاله ثم قال فى الهداية واذا كان موزونا فلو بيع بكيل لا يعرف وزنه بكيل مثله لا يجوز زلتوهم الفضل فى الوزن بمنزلة المجازفة معناه أنه اذا باع ما يباع بالاواقى بكيل غير اواقى سواء بسواء لم يجز لانه باع الموزون بكنيل لم يقدر بالاواقى فيكون مجازفة فيبطل لجواز التقاض بالوزن وهذا مشكل لان الشئين اذا استويا فى كيل وجب أن يستويا فى كيل آخر ايضا لا تأثرا لكون المكيل معلوما أو مجهولا فى ذلك اذ لا يختلف ثقله فيهما وفى النهاية قال الاسيماجى فائدة هذا أنه لو باع ما ينسب الى الرطل بجنسه متفاضلا فى الكيل متساويا فى الوزن يجوز وهذا حسن وهو قياس الموزونات فانه لا يعتبر فيه الا الوزن غير أنه يؤدى الى أنه لا يجوز بالاواقى أيضا اذ لا فرق بين كيل وكيل على ما بينا ولا يندفع هذا الاشكال الا اذا منع الجواز فى الكل قال رحمه الله (وجيده كديته) يعنى جيد مال الربا ورديته سواء حتى لا يجوز بيع أحدهما بالاخر متفاضلا لثنيه صلى الله عليه وسلم عن ذلك فيماري ويمن حديث أبى سعيد وأبى هريرة حين قال له الرجل انا أخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة بقوله لا تفعل بيع الجمع بالدراهم الحديث ولان تفاوت الوصف لا يعد تفاوتاً عادة ولو اعتبر لانسداد البياعات على ما بينا قال رحمه الله (ويعتبر التعيين دون التقاض فى غير الصرف) وقال الشافعى يعتبر التقاض قبل الاقتراق فى بيع الطعام بالطعام كالنقد بالنقد لما روى من حديث عبادة بن الصامت فانه شرط فيه أن يكون يدا بيد والحديث عمن الخطاب رضى الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم قال الذهب بالذهب وبالاهاء وهاء والورق بالورق وبالاهاء وهاء والبر بالبر وبالاهاء وهاء والشعير بالشعير وبالاهاء وهاء والتمر بالتمر وبالاهاء وهاء رواه البخارى ومسلم وأحمد ومعناه أن هذه البياعات لا تجوز الا اذا قال كل واحد منهما لصاحبه هاء أى خذ والمراد به بقوله يدا بيد فى الحديث الاول القبض ولهذا يشترط القبض فى الذهب والفضة بالاجماع وان كان مما يتعين بالاشارة كالصوغ منهم ما لان قوله عليه الصلاة والسلام يدا بيد لفظ واحد لا يجوز أن يراد به القبض فى حق النقصدين والتعيين فى حق غيرهما لانه اما حقيقة فيهما أو حقيقة فى أحدهما ومجاز فى الآخر وأيهما كان فلا يجوز الجمع بينهما لما عرف أن المشترك لا عموله وأن الجمع بين الحقيقة والمجاز لا يجوز ولا يهتدى الى تعاقب القبض بان قبض أحدهما دون الآخر فاشبه التأجيل وهذا لان المقبوض من به على غير قيمته بالتساوى وهو الشرط ولنا أنه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالنوب ونحوه اذا بيع بجنسه أو بخلاف جنسه لحصول مقصوده وهو التمكن من التصرف بخلاف الصرف لانه لا يتعين الا بالقبض فيشترط فيه ليتعين وتعاقب القبض لا يعد تفاوتاً فى المتعين بخلاف الحال والمؤجل والمراد بما روى التعيين غير أن ما يتعين به مختلف فالنقدان يتعينان بالقبض وغيرهما بالتعيين فلا يلزم الجمع بين معنى المشترك ولابن الحقيقة والمجاز وانما شرط القبض فى المصوغ من الذهب والفضة باعتبار أصل خلقته وهو الثمنية لان الثمنية لا تتعين بالتعيين فيشترط قبضه ولا يسقط اشتراط القبض بالصنعة لبقاء شبهة عدم التعيين باعتبار الأصل اذ الشبهة فى الحرمات ملحقه بالحقيقة قال رحمه الله (وصح بيع الحفنة بالحفتين والتفاحة بالتفاحتين والبيضة بالبيضتين والجوزة بالجوزتين والتمر بالتمرتين) لان هذه الاشياء

(١٢ - زيلعى رابع) اشترط التقاض اه (قوله وتعاقب القبض لا يعد تفاوتاً فى المتعين) هذا جواب عن قول الخصم ولانه اذا لم يقبض فى المجلس يتعاقب فأجاب بأن التجار لا يفاضلون فى المادية بين المقبوض فى المجلس وغير المقبوض بعد أن يكون حاله بخلاف الحال والمؤجل واذا لم يتمكن فضل حال عن المعاملة كان العقد جائزا كما فى بيع العبيد والدواب بجنسه وبغير جنسه اه (قوله فى المتن وصح بيع الحفنة) أى وهى مل الكفين اه مصباح وعند الشافعى لا يجوز بيع الحفنة بالحفتين لوجود الطم وعدم الخلف وهو المساواة اه اتقانى

وسأقي في كلام الشارح بعينه اه وكتب على قوله والخفنة مانصه قال في الصحاح الخفنة ملء الكفين من طعام أو غيره ومنه انما نحن
 حفنة من حنات الله أي يشير بالإضافة الى ملكه ورجته وحفنت الشيء اذا جرفته بكتا يديك ولا يكون الامن الشيء اليابس كالذيق
 والرمل ونحوه اه وفي النهاية لابن الاثير في حديث أبي بكر رضي الله عنه انما نحن حفنة من حنات الله أراد أناعلى كثرتنا يوم القيامة
 قليل عند الله كالخفنة وهي ملء الكف وقال الاتقاني الخفنة ملء الكف اه (قوله ولهذا يضمن بالقيمة الخ) هذا ايضاح لقوله لان هذه
 الاشياء الخ اه يعني أن الخفنة والخفنتين والتفاحه والتفاحتين لو كان داخل تحت المعيار كان مضمونا بالمثل عند الاتلاف كما في سائر
 المكدرات والموزونات ولكنه مضمون بالقيمة فدل أنه لم يدخل تحت المعيار وهذا ينبغي أن يكون في العددي المتفاوت لافي المتقارب ألا ترى
 أن خرا الاسلام قال في شرح الجامع الصغير ولا يلزم أن الجوزة مثل الجوزة في ضمان العدوان وكذا سائر هذه الجوزة يعني أن التمرة مثل التمرة
 والبيضة مثل البيضة ولم يجعل كذلك في حكمه بالان الجوزة ليست مثل الجوزة لعدم دليل المماثلة للتفاوت إلا أن الناس اصطالحوا على
 اهدار التفاوت فقبل ذلك في حقهم وهو ضمان العدوان فاما في حق وجوب التسوية وحرمة الفضل فلا غاية البيان قول الشارح رحمه الله
 ولهذا يضمن بالقيمة عند الاتلاف عندنا قال الكمال رحمه الله ومن فروع ضمان مادون نصف صاع بالقيمة أنه لو غصب حفنة فعقبت عنده
 ضمن قيمتها فان أبي الآن يأخذ عيناها (٩٠) أخذها ولا شيء له في مقابلة النفس الذي حصل لها وعند الشافعي لما كانت علة الربا الطعم

ليست بمكيل ولا موزون فلم تدخل تحت المعيار فأنعمت العلة بانعدام أحد شرطيهما وهو القدر ولهذا
 يضمن بالقيمة عند الاتلاف عندنا مادون نصف صاع بمثله الخفنة لانه لا تقدير فيه في الشرع بمادونه
 فلم يكن من ذوات الامثال هذا اذا باع مادون نصف الصاع بمادون نصف الصاع وان باع مادون نصف
 الصاع بنصف صاع أو أكثر لم يجز الامثال بمثل لوجود المعيار من أحد الجانبين فتحققت الشبهة وعلى هذا
 لو باع ما لا يدخل تحت الوزن كالذرة من ذهب أو فضة بما لا يدخل تحته جاز لعدم التقدير شرعا اذا لا يدخل
 تحت الوزن وعند الشافعي لا يجوز جميع ذلك لان العلة عنده الطعم أو الثمنية وقد وجدت قال رحمه الله
 (والفلس بالفلسين بأعيانهم ما) أي البدلان بأعيانهم بان كان الفلس معيناً والفلسان معينين وهذا
 عندهما وقال محمد لا يجوز لان الفلوس الرائجة أثمان والتمن لا يتعين بالتعيين ولهذا اذا قابل الفلوس
 بخلاف جنسها لا يتعين كالدرهم والدنانير حتى كان له أن يعطى غيرها ولا يفسد البيع به لا كها وهذا لان
 ثمنيتها ثبتت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما كالدرهم والدنانير فاذا لم يتعين يؤدي الى الربا ويحتمل
 بان يأخذ بائع الفلس الفلوسين أو لا فيرد أحدهما قضاء بدينه أو يأخذ الآخر بغير عوض أو يأخذ بائع
 الفلوسين الفلس أو لا ثم يضم اليه فلساً آخر فيردهما عليه فيرجع اليه فلسه مع فلس آخر بغير عوض بقابله
 وهو ربا فصار كالمو كان بغير أعيانهم ما وأحدهما بعينه والآخر بغير عينه ولهما أن الفلوس ليست بأثمان
 خلقة وانما كان ثمناً باصطلاح وقد اصطالحا باطل الثمنية فتبطل وان كانت ثمناً عند غيرهما من الناس
 لبقا اصطلاحهم على ثمنيتها وهذا لانه لا ولاية للغير عليهم ما فلا يلزمهما اصطلاحهم بخلاف الدراهم
 والدنانير لان ثمنيتها أصل الخلقة فلا تبطل باصطلاح فاذا بطلت الثمنية تمنع بالتعيين فلا يؤدي الى الربا

حرم الخفنة والتفاحه
 بثنتين وقالوا مادون نصف
 صاع في حكم الخفنة لانه
 لا تقدير في الشرع بمادونه
 فعرف أنه لو وضع مكيال
 أصغر من نصف الصاع لا يعتبر
 التفاضل به وهذا اذا لم يبلغ
 كل واحد من البدلين نصف
 صاع فان بلغ أحدهما
 نصف صاع لم يجز حتى
 لا يجوز بيع نصف صاع
 فصاعداً بخفنة وفي جمع
 التفاريق قيل لا روية في
 الخفنة بالقفير واللب بالجوز
 والصحيح ثبوت الربا ولا يسكن
 الخاطر الى هذا بل يجب بعد
 التعليل بالقصد الى صيانة

أموال الناس تحريم التفاحه والتفاحتين والخفنة بالخفنتين أمان كانت مكيال أصغر منها كما في ديارنا من وضع ربيع بخلاف
 القدح وعن الفتح المصري فلا شك وكون الشرع لم يقدر بعض المقدرات الشرعية في الواجبات المالية كالصدقات وصدقة الفطر
 بأقل منه لا يستلزم اهدار التفاوت المتيقن بل لا يحل بعد تيقن التفاضل مع تيقن تحريم اهداره ولقد أعجب غاية الإعجب من كلامهم هذا
 وبالله التوفيق اه قوله لانه لا تقدير فيه في الشرع بمادونه وجاء التقدير بنصف صاع في صدقة الفطر قال في الفتاوى الصغرى أدنى
 ما يكون مال الراب من الخفنة نصف القفير والمراد من القفير صاع اه غايه (قوله في المتن والفلس بالفلسين بأعيانهم ما) قيل الضمير يرجع
 الى الفلسين لان الفلس الواحد مبيع وهو متعين ضرورة اه (قوله وقال محمد لا يجوز) قال الكمال وأصله أن الفلس لا يتعين بالتمين مادام
 راجعاً عند محمد وعندهما يتعين حتى لو هلك أحدهما قبل القبض بطل العقد اه (قوله بخلاف جنسها) كما اذا اشترى فاكهة بفلس اه
 اتقاني (قوله لا يتعين كالدرهم) فكذلك اذا قبل بمجنسه اه اتقاني (قوله ولا يفسد البيع به لا كها) هذا لا يلزم أباحقيقة لان المبيع
 يفسد عنده وانما يتشبه على مذهب أبي يوسف اه شيخنا (قوله فلا تبطل باصطلاحهما) لانه نسخ للاجماع بالأحد فلا يجوز اه اتقاني
 (قوله فيرجع اليه فلسه مع فلس آخر بغير عوض بقابله) وهذا على تقدير أن يرضى بتسليم المبيع قبل قبض الثمن اه فتح (قوله ولهما أن
 الفلوس ليست بأثمان) والاصل في الفلس أن يكون مثملاً لانه فحس اه اتقاني (قوله بخلاف الدراهم والدنانير) لان ثمنيتها بأصل الخلقة

قال الاتقاني رحمه الله وأما بيع الفليس بالفلسين فهو على وجوده أمان كانا دينين أو عشرين أو أحدهما دينان فإن كان أحدهما ديناً لا يجوز لأن الجنس يحرم النساء وكذلك إذا كانا دينين لهذا المعنى ولأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الدين بالدين وإن كان كل منهما ديناً جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحساناً وقال محمد والشافعي لا يجوز قالوا هذا بناء على أن الفلوس هل تتعين بالتعيين أم لا فعندهما تتعين بالتعيين حتى لو ملك ينتقض العقد ولو أراد أن يعطى غيره لا يجوز وقال محمد لا يتعين اه واستفيد منه أن صور بيع الفليس بالفلسين أربع الأولى أن يبيع فلساً بغير عينه بفلسين بغير أعينهما الثانية أن يبيع فلساً بعينه بفلسين بعينهما وهذه الصورة فيها خلاف والصورة الثالثة لا خلاف في عدم جوازها والله الموفق (قوله بخلاف ما إذا كانا بغير أعينهما الخ) قال الاتقاني بخلاف ما إذا كانا بغير متعينين حيث لا يجوز بيع الواحد بالاثنتين لأنه كالي بكالي وهو حرام لنهي النبي صلى الله عليه وسلم وكذا إذا كان أحدهما بغير عين لأن الجنس يحرم النساء اه (قوله لأن اصطلاحهما على العقد باق) أدنى نقضه في حق العقد فساد العقد وهما قصد صحة العقد لا فساد اه (٩١) ولا صحة للعقد إلا بعد بطلان الثمنية فكان

لهما ناقضهما فإذا أعادتهما جاز بيع الواحد بالاثنتين لأن العددي إذا لم يكن غنياً جاز بيعه كذلك كالشوب بالنوبين والجوزة بالجوزتين اه هذاية وشرحها للاتقاني (قوله لأن العلة المستنبطة لا تعتبر في محل النص) لأن القياس حجة ضرورية صير اليه عند تعذر العمل بالمقول إلى شبهته في الفرع ولا حجة اليه في الأصل لوجود النص فيه كذا بخط الشارح اه (قوله ولهذا إذا كانت العلة المستنبطة قاصرة) ومعنى القاصرة أن لا تتجدي العلة إلى الفرع بأن لا توجد تلك العلة إلا في الأصل كتعليل الشافعي بالثمنية مشيلاً اه من خط الشارح رحمه الله

بخلاف ما إذا كانا بغير أعينهما أو أحدهما بغير عينه لأنه يؤدي إلى الرباع على ما بينا فإن قيل إذا بطلت الثمنية وجب أن لا يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلاً لأن النحاس موزون وإنما صار معدوداً بالاصطلاح على الثمنية فإذا بطلت الثمنية عاد إلى أصله موزوناً فلا يجوز بيعه بجنسه متفاضلاً قلنا لا يعود موزوناً لأن اصطلاحهما على العقد باق ولا يلزم من بطلان الثمنية بطلان العددي من شيء معدود ولا يكون غنياً ألا ترى أن الأولى من النحاس أو نحو غير الذهب والفضة يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلاً إذا كانت في اصطلاحهم معدودة وهذا ما عرفت أن المعتبر في كونه موزوناً أو ميكلاً في غير المنصوص عليه العرف بخلاف المنصوص عليه كالأشياء الستة لأن العلة المستنبطة لا تعتبر في محل النص للاستغناء عنها بالنص ولهذا إذا كانت العلة المستنبطة قاصرة لا تعتبر أصلاً بخلاف المنصوص عليها فإذا لم يبطل اصطلاحهما على العددي لم يعدوز بهما جاز بيعه متفاضلاً ولا يقال إذا كسدت الفلوس باقياً الكل لا تكون غنياً باصطلاح المتعاقدين حتى لا تجرى فيها أحكام الأثمان في حقهما فكذلك لا تكون عروضاً أيضاً باصطلاحهما لأننا نقول الأصل فيها أن تكون عروضاً فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد مخالف للأصل ولرأى الجماعة فلا يصح بخلاف اصطلاحهما على جعلها عروضاً لأنه موافق للأصل فيصح وإن كان فيه خلاف رأى الكل قال رحمه الله (واللحم بالحيوان) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز بيعه بالحيوان من جنسه إلا إذا كان اللحم المفزاً كثيراً في الحيوان ليكون قدره مقابلاً باللحم والزائد بالسقط لنهيهم صلى الله عليه وسلم عن بيع اللحم بالحيوان رواه في الموطأ ولأنهم ما جنس واحد ولهذا لا يجوز بيع أحدهما بالآخر نسبة فكذلك متفاضلاً كالزيت بالزيتون ولهما أنه يبيع المعدود بالموزون فيجوز متفاضلاً لاختلافهما جنساً وهذا لأن الحيوان ليست فيه مالية اللحم أدهى معلقة بفعل شرعي وهو الذكاة ألا ترى أنه لا ينتفع بها تنافع اللحم فصار جنساً آخر غير اللحم ولهذا قال الله تعالى فكسونا العظام لحاماً أنشأناه خلقاً آخر أي ينفع الروح فإذا كان جنساً آخر جاز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً بخلاف الزيت مع الزيتون لأنهما جنس واحد إذا الزيت موجود فيه للحال وإنما هو مستتر وإنما لا يجوز

(قوله وقال محمد لا يجوز بيعه بالحيوان من جنسه) بأن باع لحم النشاة بالشاة اه أما إذا كان بلحم من خلاف جنسه جاز كيفما كان بعد أن يكون عينا بعين عندنا اه اتقاني وقوله من خلاف جنسه بأن باع لحم البقر بالشاة وما أشبهه اه وقوله جاز أي بالاتفاق اه (قوله والزائد بالسقط) قال السكال والمراد بالسقط ما لا يطلق عليه اسم اللحم كالكرش والمعلق والجلد والأكارع اه (قوله لنهيهم عليه الصلاة والسلام عن بيع اللحم بالحيوان) فعلى هذا ينبغي أن لا يجوز مطلقاً اه (قوله ولهذا لا يجوز بيع أحدهما بالآخر نسبة) لا يلزم من عدم جواز نسبة أن لا يجوز متفاضلاً كالبر والسعير اه قال في الهداية ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند أبي حنيفة وأبي يوسف قال السكال سواء كان اللحم من جنس ذلك الحيوان أو لا مساوياً للماني الحيوان أم لا يشترط التعيين أما بالنسبة فلا امتناع السلم في الحيوان واللحم اه (قوله ولهما أنه يبيع المعدود الخ) قال الرازي رحمه الله ونسأله باع موزوناً بغير موزون فيصح كيفما كان والنهي محمول على ما إذا كان أحدهما نسبة ولهذا قيد به في رواية اه (قوله ولهذا قال الله تعالى فكسونا العظام لحاماً أنشأناه خلقاً آخر) فعلم أن الحلي مع الجلد جنسان اه فتح

(قوله لان المتأخر منه ما لا يمكن ضبطه) أى سواء كان اللحم أو الحيوان اه (قوله ولو كان المذبح غير مسلوخ الخ) قال في شرح الطحاوى ولو كانت الشاة مذبوحة غير مسلوخة فاشترها بالحلم الشاة فالجواب في قولهم جميعا كما قال محمد وأراد بالذبح غير المفصولة من السقط ولو اشترى شاة حية بشاة مذبوحة يجوز في قولهم جميعا أما على قولهم - ما لا يشك لان لو اشترها بالحلم يجوز كيفما كان فكذلك اذا اشترها بشاة مذبوحة وأما على قول محمد فأنما يجوز لانه لحم اللحم وزيادة اللحم في احداه - مامع سقطها بازا مسقط الاخرى فلا يؤدى الى الربا فيجوز اه اتقانى رحمه الله (قوله ولو باع القطن بغزله) قال في الهداية واختلفوا في القطن بغزله والكرباس بالقطن يجوز كيفما كان بالاجماع اه قال الاتقانى قوله واختلفوا في القطن بغزله أى اختلف المشايخ في بيع القطن بغزل القطن متساويا وزنا قال بعضهم يجوز لان أصلهما واحد وكلاهما موزون وقال بعضهم لا يجوز واليه ذهب صاحب خلاصة الفتاوى لان القطن ينقص اذا غزل فصار كالخطة مع الدقيق اه (قوله ولو باع المحلوج بغير المحلوج جاز اذا علم أن الخالص أكثر مما في الآخر) ليكون الزائد مقابلا للجب اه (قوله والعنب بالزبيب الخ) (٩٢) وأما الرطب بالرطب فيجوز زمتا ثلا كيلا وكذا العنب بالعنب يجوز عندنا وبه قال

بيع أحدهما بالآخر نسبة لان المتأخر منه ما لا يمكن ضبطه على ما عرف في باب السلم لانهم ما جنس واحد ألا ترى أنه لا يجوز ذلك اذا بيع بغيره من خلاف الجنس أيضا ولو كان المذبح غير مسلوخ وجب أن يجوز عنده أيضا على وجه الاعتبار بان يجعل لحم كل واحد منهما بمجدة لا آخر كما قالوا في شاتين مذبوحتين غير مسلوختين بيعت احداهما بالآخرى قال رحمه الله (والكرباس بالقطن) وكذا بالغزل كيفما كان لا اختلافهما احدا لان الثوب لا ينقص فيه وغزلا أو قطننا وكذا القطن والغزل موزونان والثوب ليس بموزون ولو باع القطن بغزله قال محمد جاز كيفما كان لا اختلاف الجنس بينهما لان الغزل لا ينقص فيه وغزلا أو قطننا وقال أبو يوسف لا يجوز لا امتساوا بالان غزل القطن قطن لان القطن غزل دقاق وقول محمد أظهر ولو باع المحلوج بغير المحلوج جاز اذا علم أن الخالص أكثر مما في الآخر ان كان لا يدري لا يجوز ولو باع القطن بغير المحلوج بحجب القطن فلا بد أن يكون الحب الخاص أكثر من الحب الذى في القطن حتى يكون قدره متقابلا به والزائد بالقطن وكذا لو باع شاة على ظهرها صوف أو في ضرعها ابن بصوف أو بلبن يشترط أن يكون الصوف أو اللبن أكثر مما على الشاة لما ذكرنا من المعنى وهو نظير بيع الزيت بالزيتون على ما يجيء قال رحمه الله (والرطب بالرطب أو بالتمر متماثلا والعنب بالزبيب) يعنى متماثلا أيضا أما الرطب بالتمر فالمد كورهننا قول أى حنيفة وقال لا يجوز لقوله صلى الله عليه وسلم حين سئل عنه أينقص اذا جف فقل نعم فقال صلى الله عليه وسلم لا اذا فاسد السبع وأشار الى العلة وهى نقصان وفيه اشارة الى أنه يشترط لجواز العقد المماثلة في تعديل الاحوال وهو ما بعد الجفاف لافى الحال فصار نظير بيع الدقيق بالخطة فانه لا يجوز للتفاوت بعد الطحن ولقوله صلى الله عليه وسلم فى الحديث المشهور التمر بالتمر مثلا بمثل والرطب بقر فيجوز بيعه بالتمر متماثلا والدليل على أنه تمر ما روى أنه صلى الله عليه وسلم حين أهدى اليه رطب قال أو كل تمر خير هكذا وروى أنه عليه السلام نهى عن بيع التمر حتى يرهى فقل وما يرهى قال يحمر وهو اسم له من أول ما ينقع الى أن يدرك ولانه ان كان تمرا جازي يسه به بأول يكسل جاز وكذا الرطب

مالك وأجد والمزنى خلافا للشافعى اه فتح (قوله) فالمد كورهننا قول أى حنيفة) وقد تفرد أبو حنيفة بالقول بالجواز اه فتح قال علاء الدين العالم في طريقته قال أبو حنيفة بيع الرطب بالتمر متساويا كيلا يجوز وقال الباقر من أهل العلم لا يجوز وأجمعوا أن بيع الرطب بالتمر متفاضلا لا يجوز اه اتقانى (قوله وقال لا يجوز) والشافعى ومالك وأحمد اه فتح (قوله وهو ما بعد الجفاف) ولم يوجد ذلك فى بيع الرطب بالتمر اه (قوله والرطب بقر) فيجوز بيعه والتمر بالتمر مثلا بمثل كيلا يكسل جاز وكذا الرطب

بالتمر لأن الرطب اختص باسم خاص كالتمر فى اه اتقانى (قوله حين أهدى اليه رطب الخ) قال الاتقانى فيه نظر لان الحديث الهدي كانت قرا الا ترى الى ما حدث مالك فى الموطاع عن عبد المجيد بن سهيل عن عبد الرحمن بن عوف عن سعيد بن المسيب عن أنس سعيد الخدرى عن أنس هرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا على خيمبر فجاء بتمر حبيب فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أو كل تمر خير هكذا فقال لا والله يا رسول الله انأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا تفعل بيع الجمع بالدرهم ثم اتبع بالدرهم حنينا قال صاحب الفائق الجمع صنوف من التمر تجمع والجنب لون منه جيد وكلوا يتعاون صاعين من الجمع يصاع من الجنب فقال ذلك تنبيه لهم على الربا اه (قوله قال أو كل تمر خير هكذا) فسماه أى الرطب قرا اه فتح (قوله وروى أنه عليه السلام نهى عن بيع التمر) فيه نظر اذا الثمرة أعم من التمر اه (قوله ولانه ان كان تمر الخ) هذا اللفظ يحكى عن أى حنيفة أنه دخل بغداد وكلوا أشداء عليه مخالفة الخبر فسألوه فقال الرطب اما أن يكون تمر أو لم يكن فان كان تمرا جاز العقد عليه لقوله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر وان لم يكن جاز لقوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم فأورد عليه الحديث فقال هذا الحديث دار على زيد بن عياش وزيد بن عياش من لا يقبل حديثه وأبدله المصنف بقوله ضعيف عند النقلة اه

(قوله وإن كان غير عر فباخره) وهذا التردد حسن في المناظرة لدفع شعب الخصم لكن الحجة لا تتم به لجواز أن يكون ثم قسم آخر اه
من خط الشارح (قوله ألا ترى أنه) أي الوصى اه (قوله وبيع العنب بالزبيب على هذا الخلاف) عند أي حنيفة يجوز مع
التساوي كيلا وعندهما لا يجوز اه كمال قال في الهداية وكذلك العنب بالزبيب يعني على هذا الخلاف قال الاتقاني يعني كما
يجوز بيع الرطب بالتمر مثلاً كيلا عند أي حنيفة كذلك يجوز بيع العنب بالزبيب عندنا تساوي كيلا وعندهما لا يجوز بيع
العنب بالزبيب تساوي أو تفاضلاً كما قال في الرطب وقد ذكرنا الرواية قبل هذا على هذا الاختلاف عن شرح الطحاوي اه (قوله
وقيل لا يجوز بالاتفاق) كالخطة المقلية بغير المقلية وذكر أبو جعفر أنه يجوز اتفاقاً اه ابن فرشتا (قوله وأما بيع الرطب بالرطب) قال
الكمال وأما الرطب بالرطب فيجوز عندنا كيلاً مثلاً اه قال الاتقاني نقلاً عن القريب وأما العنب بالعنب فيجوز في قولهم كافي
الرطب بالرطب وأما البسر بالرطب فقال أبو حنيفة يجوز مثلاً بثلث اه (قوله فلما روي أن اسم التمر) الذي يحط الشارح
لأن اسم التمر اه (قوله بخلاف الكفري) قال الاتقاني الكفري مقصور بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء المهملة وعاء الظلع ويسمى
كافوراً وكفري كذا قاله ابن دريد وقيل انما سمي به لانه يستمر في جوفه اه ذكر البدر ابن مالك في شرح الخلاصة في الكفري وجهين فتح
الفاء وضمها وتبعه المرادى وحكى البصري ثلث الفاء اه (قوله لانه ليس بتمر لان اسم (٩٣) التمر يطلق عليه الخ) قال الكمال

وهذا الاسم أعنى التمر له من
أول ما يعقد صورته لاقبله
وهذا استدلال بعضهم لاني
حنيفة من بيع الرطب
بالتمر فورده عليه أنه لو حلف
لأباً كل تمر فأكل رطباً
لا بحث فكان غيره فأجاب
بأنه بل بحث وليس يصح
بل المسئلة مستورة في
الكتب المذهبية المشهورة
بأنه لا بحث وكذا ادعى أنه
بحث فيما إذا حلف لأباً كل
تمر فأكل بسراً ولم يكن به
حاجة الى هذا اذ يكفي أن
الاعيان مبنية على العرف
وكلامنا فيه لغته وهم بعد

الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر مثلاً وان كان غير عر فباخره وهو قوله صلى الله عليه
وسلم إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ولا تهم مستويان في الحال وانما متفاوتان في المال للذهب
جزء منه وهو الرطوبة بخلاف بيع الخنطة بالدينق لانهم متفاوتان في الحال ويظهر ذلك بالطحين
اذالطحين لا يزيد فيه شيئاً ومارويه لم يصح لان معذره على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة ولئن صح
فهو محمول على أن السائل كان وصياً في مال يتيم أو ولياً صغير فلم ير صلى الله عليه وسلم بهذا التصرف نظراً
له اذ هو مقيد بالنظر ألا ترى أنه يمنع من بيع الجسد بالردى من مال الرابح المأذون كزناو بيع العنب بالزبيب
على هذا الخلاف والوجه ما بيناه من الجانبين وقيل لا يجوز بالاتفاق كالخطة المقلية بغير المقلية والفرق
لاني حنيفة بينه وبين الرطب بالتمر في هذه الرواية أن النص الوارد بلفظ التمر هناك يتناول الرطب على
ما بينا ولم يوجد مثله هنا فبقي محرماً حتى يعتدل وأما بيع الرطب بالرطب فلما روي أن اسم التمر يتناول
فيجوز بيعه مثلاً بثلث كذا ولو باع البسر بالتمر لا يجوز التفاضل فيه لانه تمر على ما بينا بخلاف الكفري
حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر لانه ليس بتمر لان اسم التمر يطلق عليه من أول ما تعقد صورته لاقبله وهو
عددي متفاوت وهو أول ما ينشق عنه النخل سمي به لانه يستمر في جوفه وتفاوته فاحشاً لا يجوز السلم فيه
ولو باع خنطة رطبة أو مبلولة بخنطة رطبة أو مبلولة أو يابسة جازاً لبيع وكذا لو باع تمر منقعه أو زيباً
منقعه بتمر مثله أو زيباً مثله أو يابساً منه ما جاز عند أي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز شيء
من ذلك لانه يعتبر المساواة في أعدل الأحوال وهو بعد اليبس والفرق له بين بيع الرطب بالرطب وبين بيع

ذلك مطبوخون بتصحيح أن اسم التمر يلزم الخارج من حين يتعدى إلى أن يطيب ثم يحفف من الغلة ولا يتكر صحة الإطلاق باعتبار مجاز
الأول اه ما قاله الكمال رحمه الله (قوله من أول ما تعقد صورته لاقبله) ولهذا لو حلف لأباً كل تمر فأكل رطباً لا بحث في عينه مع أن مبنى
الاعيان على العرف ذكره علماء الدين العالم في طريقة الخلاف بخلاف ما إذا كل طلعا لم يبد صلحاً له فلم يبحث في عينه فان قلت لو حلف
لأباً كل تمر فأكل بسراً لا بحث في عينه فعلم أن التمر ليس باسم تمر النخل من حين ما يبد وصلحاً لها إلى أن ينتهي قلت منع علماء الدين
العالم في طريقة الخلاف وقال بل بحث عندنا اه اتقاني قال الكمال وما ادعاه بعض الخلافين فيمن حلف لأباً كل تمر فأكل رطباً أنه
يبحث فليس كذلك بل المذهب أنه لا بحث لان مبناها على العرف اه (قوله وكذا لو باع تمر منقعه) قالوا انه بفتح القاف مخففاً من أنقع
الزبيب في الخابية إذا ألقاه فيها البتل وتخرج منه الخلاوة ولكن المشهور بين الفقهاء منع بالتشديد وعليه نيت المنظومة في باب محمد
اه اتقاني (قوله جاز عند أي حنيفة وأبي يوسف) أي إذا تساوى كيلاً اه غايه (قوله وقال محمد لا يجوز شيء من ذلك) قال في خلاصة
الفتاوى قال شمس الأئمة الخواص الرواية محفوظة عن محمد رحمه الله أن بيع الخنطة اليابسة بالمبلولة انما لا يجوز إذا انتفعت أما إذا بليت
من ساعتها يجوز بيعها باليابسة اه (قوله لانه يعتبر المساواة في أعدل الأحوال) وهو بعد اليبس كما ذهب اليه في بيع الرطب بالتمر لحديث
سعد اه اتقاني والحاصل أن محمد يعتبر المساواة في أعدل الأحوال وهو حالة الخفاف الآن في بيع الرطب بالرطب اعتبار المساواة في الحال
لان التفاوت ثمة انما يكون بعدما يكون الرطب شيئاً آخر وهو التمر فلا يكون التفاوت في المعقود عليه والخنطة المبلولة أو الزبيب المنقعه أو

التمر المتبع بعد الحظاف لا يزول عنه اسم المعقود عليه فكان التفاوت في المعقود عليه اه (قوله على الاسم الذي عقد عليه) أراد به بقاء اسم الحنطة والزبيب والتمر بعد الحظاف اه اتقاني (قوله في المثنى واللحوم المختلفة بعضها ببعض متفاضلا) ولا يجوز نسبة لان الوزن جمعهما اه اتقاني نقلا عن شرح الطحاوي اه (قوله ولبن البقر والغنم) أي بعضهما ببعض متفاضلا نقلا عن النسبية اه (قوله واخل الدقل) بفتحين اه وانما خص نخل الدقل وهو نوع من أردا التمر أجزاء الكلام مجرى العادة لانهم اعتادوا اتخاذ النخل من الدقل والافاحكم في كل تمر كذلك اه غايه (قوله بنخل العنب) كيف كان ولا يجوز نسبة لان الوزن جمعهما اه (قوله وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز) قال في الهداية وعن الشافعي قال الاتقاني قال في وجيزهم وفي لحوم الحيوانات قولان أصحهما أنها مختلفة لثبوت المعنى وان اتحاد الاسم اه (قوله لاتحاد الاسم والصورة والمقصود) وهو التغذي والتقوى اه اتقاني (قوله وأسمائها أيضا مختلفة باعتبار الإضافة) كقولك لحم البقر ولحم الضأن ولحم الأبل ولحم الدجاج اه (قوله ما لم يختلف المقصود كشعر المعز وصف الضأن) فشعر المعز وصف الضأن جنسان بخلاف لحمهما ولبنهما اه (قوله وانما جعل الشعر والصوف جنسين) وان كان أصلهما وهو المعز والضأن جنسا واحدا لاختلاف المقاصد ألا ترى أن أحدهما يصلح لما لا يصلح له الآخر ولهذا يتخذ (٩٤) من الصوف اللقافة واللبس ونحو ذلك ومن الشعر المسح والحبل الغليظ ونحو ذلك اه قال الاتقاني

المجلول ونحوه مثله حيث أجاز بيع الرطب بالرطب ومنع غيره جميعه أن التفاوت فيها يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد عليه العقد وفي الرطب بالتمر مع بقاء أحدهما على ذلك الاسم فيكون تفاوتنا في عين المعقود عليه وفي الرطب بالرطب يكون التفاوت بعدد وال ذلك الاسم فلم يكن تفاوتنا في المعقود عليه وأبو حنيفة يعتبر المساواة في الحال وكذا أبو يوسف لا يطلق قوله صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة مثلا بمثل الحديث وهو باطلاقة يتناول الحنطة والتمر والشعير على أي صفة كان إلا أن أبا يوسف ترك هذا الأصل في بيع الرطب بالتمر حتى منعه عمار وينا من حديث زيد بن عياش على ما بيناه من قبل قال رحمه الله (واللحوم المختلفة بعضها ببعض متفاضلا ولبن البقر والغنم ونخل الدقل بنخل العنب) وقال الشافعي لا يجوز لانه جنس واحد لاتحاد الاسم والصورة والمقصود ولنا أن أصولها أجناس مختلفة حتى لا يضم بعضها إلى بعض في الزكاة وأسمائها أيضا مختلفة باعتبار الإضافة كدقيق البر والشعير والمقصود أيضا مختلف فبعض الناس يرغب في بعضها دون بعض وقد يضره البعض وينفعه غيره والمعترف في الاتحاد في المعنى الخاص دون العام ولو اعتبر العام لما جاز بيع شيء بشيء أصلا بخلاف لحم الخاموس والبقر أوليهما أو لحم المعز والضأن أوليهما أو لحم العرب والبخالي حيث لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا لانهم ما جنس واحد حتى يضم أحدهما إلى الآخر في تكميل النصاب في الزكاة فكذا أجزاؤه ما لم يختلف المقصود كشعر المعز وصف الضأن أوليهما لا يتبدل بالصنعة لان التبدل يتخلف المقاصد ولهذا جاز بيع الخبز بالحنطة متفاضلا وكذا بيع الزيت المطبوخ بغير المطبوخ أو الدهن المرقي بالبنفسج بغير المرقي منه متفاضلا وانما جاز بيع لحم الطير بعضها ببعض متفاضلا وان كان من جنس واحد ولم يتبدل بالصنعة لكونه غير موزون عادة فلم يكن مقدرا فلم توجد العلة ففاضله أن الاختلاف باختلاف الأصل أو المقصود أو يتبدل

وأما صوف الشاة مع شعر المعز جنسان مختلفان لان منافعهما مختلفة ولو باع بعضها ببعض متفاضلا يجوز ولا يجوز نسبة لان الوزن يجمعهما اه (قوله لانه بالتبديل تختلف المقاصد) قال الكمال ومن الاختلاف في الصفة ما قدمنا من جواز بيع انامى صفر أو حديد أحدهما أثقل من الآخر وكذلك ققة بقمطين وبرية ببارتين وخودة بخودتين وسيف بسيفين ودواة بدواتين ما لم يكن شيء من ذلك من أحد النقيدين فيمتنع التفاضل

وان اصطالحوا بعد الصياغة على ترك الوزن والاقتصار على العقد والصورة اه (قوله أو الدهن المرقي بالبنفسج بغير المرقي الصنعة منه متفاضلا) قال الكمال واعلم أن المجانسة تكون باعتبار ما في الضمن فيمنع النسبية كما في المجانسة العينية وذلك كالزيت مع الزيتون والشيرج مع السمسم وتكون باعتبار ما أضيفت اليه فيختلف الجنس مع اتحاد الأصل حتى يجوز التفاضل بينهما كدهن البنفسج مع دهن الورد أصلهما واحد وهو الزيت أو الشيرج فصارت جنسين باختلاف ما أضيف اليه من الورد والبنفسج نظر الى اختلاف المقصود والغرض ولم يبال باتحاد الأصل وعلى هذا دهن الزهر في ديارنا ودهن البان أصلهما اللوز يطبق بالزهر والخلاف مدة ثم يعصر اللوز فيخرج منه دهن مختلف الرائحة فيجوز بيع أحد الدهنين بالآخر متفاضلا وعلى هذا قالوا للوضم الى الأصل ما طيبه دون الآخر جاز متفاضلا حتى أجازوا بيع قفيز سمسم مطيب بقفيزين غير مطيب وعلى هذا يجوز بيع رطل لوز مطبق برطل لوز غير مطبق وكذا يجوز بيع دهن مطبق بزهر النار بخرطل دهن اللوز الخالص وكذا رطل زيت مطيب برطلين من زيت لم يطيب بخرطلوا الرائحة فيها إزاء الزيادة على الرطل اه (قوله وانما جاز بيع لحم الطير بعضها ببعض الخ) قال الكمال وانما جاز بيع لحم الجنس الواحد من الطيور كالسمان مثلا والعصافير متفاضلا لانه ليس بمال الربا إذ لا يوزن لحم الطير ولا يكال وينبغي أن يستثنى من لحوم الطير الدجاج والأولاد يوزن عادة في ديار مصر بعظمه اه

(قوله في المتن وشحم البطن بالالبسة أو بالحم) قال الاتقاني نقلا عن شرح الطحاوي ولو باع لحوم الشاة بشحمها أو بالبيتها أو لحماها بصوفها يجوز ذلك كيفما كان ولا يجوز نسبة لأن الوزن يجمعهم ما اه قال الكمال وأما الرأس والاكراع والجلود فيجوز يدا بيد كيفما كان لانسبته لأنه لم يضبط بالوصف حتى ان السلم فيه لا يجوز اه (قوله في المتن والخبز بالبر أو الدقيق متفاضلا) أي نقدا لانسبته الا اذا كانت الخنطة أو الدقيق انسبته فانه يجوز حينئذ اه (قوله حتى خرج من أن يكون مكبلا) أي وصار وزنيا أو وعددا اه غاية قوله وزنيا أي عند أبي يوسف وقوله أو وعددا عند محمد اه (قوله وان كان الخبز هو المتأخر) قال في الهداية وان كان الخبز نسبة يجوز عند أبي يوسف رجه الله وعليه الفتوى اه (قوله ولا يجوز استقراضه وزنا ولا عددا) قال في الاختيار وعند محمد يجوز به ما هو المختار لتعامل الناس به وحاجتهم اليه اه وقال ابن فرشتا وعليه الفتوى اه قال الاتقاني وروى عن محمد أنه يجوز وزنا وعددا وقال ثلاث من الدناءة استقراض الخبز وزنا والجلوس في دكان الحجام والنظر في مراآئه اه ثم قال الاتقاني بعد أوراق وعند محمد يجوز وعددا وزنا كذا ذكر قول محمد في شرح الطحاوي والمختلف والحصر وخلاصة الفتاوى وذكر الولوجي ومصاحب (٩٥) الفتاوى الصغرى أنه يجوز عند محمد

عددا ولم يذكر الوزن وان كان لا يجوز السلم عنده لا وزنا ولا عددا قال الولوجي وكان محمد ترك القياس في جواز استقراضه عددا لتعارف الناس كما ترك القياس بالعرف في جواز الاستصناع اه (قوله وقال أبو يوسف يجوز بالوزن دون العدد لان احاده تتفاوت) قال الكمال ومحمد يقول قد أهدر الجبران تفاوته وعنهم يكون اقتراضه غالبا والقياس يترك بالتعامل وجعل المتأخرون الفتوى على قول أبي يوسف وأنا أرى أن قول محمد أحسن اه (قوله في المتن لا يبيع البر بالدقيق) أي لا يجوز بيع الخنطة بدقيق الخنطة ولا بسويقها اه اتقاني وقوله ولا بسويقها أما بسويق

الصنعة قال رحمه الله (وشحم البطن بالالبسة أو بالحم) يعني يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلا وان كانت كلاهما من الضان لانها أجناس مختلفة لاختلاف الاسماء والصور والمقاصد قال رحمه الله (والخبز بالبر أو الدقيق متفاضلا) وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز بيعه أصلا لان بينهما شبهة المجانسة في الحال ولا يعرف التساوي بينهما فصار كبيع المقلية بغير المقلية أو الدقيق بالخنطة والاول أصح لان الخبز بالصنعة صار جنسا آخر حتى خرج من أن يكون مكبلا والبر والدقيق مكبل فلم يجمعهما القدر ولا الجنس حتى جاز بيع أحدهما بالآخر نسبة اذا كانت الخنطة هي المتأخرة لا مكان ضبطها وان كان الخبز هو المتأخر أو السلم فيه فلا يجوز عند أبي حنيفة لأنه ينفق في تفاوت بالطحن والمجنى والنضج وأما عندهما فقد ذكر في النهاية معزيا الى المتوسط أنه لا يحفظ عنهم ما خلاف ذلك ومن أصحابنا من يقول لا يجوز عندهما ومنهم من يقول يجوز على قياس السلم بالحم وبه يفتى للتعامل وفي الكافي ان ابن رستم ذكر في نوادره أن علي قول أبي حنيفة ومحمد لا يبيع السلم في الخبز وعلى قول أبي يوسف يبيع وزنا ولا يجوز استقراضه وزنا ولا عددا عند أبي حنيفة لما ذكرنا في السلم بل أولى لان باب السلم أوسع حتى جاز السلم في الثياب دون القرض وهو القياس وقال محمد يجوز بالوزن والعدد جميعا للتعامل وبه يترك القياس كالاستصناع وقال أبو يوسف يجوز بالوزن دون العدد لان احاده تتفاوت بالعدد دون الوزن وعليه الفتوى قال رحمه الله (لا يبيع البر بالدقيق أو بالسويق) يعني لا يجوز بيع الخنطة بأحدهما لامتفاضلا ولا متساويا لانه جنسه من وجه وان اختص باسم آخر فيجزم شبهة الربا لان أحدهما بر والآخر أجر أو أحدهما دقيق والآخر أجر أو هو بذالانه بالطحن لم يوجد الا تفرق الاجزاء والجمع بالتفريق لا يصير جنسا آخر فبقية شبهة المجانسة وثبوت شبهة تكفي لثبوت حرمة الربا كفي دهن السمسم مع السمسم غير أن المعيار فيهما الكيل وهو غير مسوولهما ألا ترى أن البر اذا طحن يزيد عليه وتلك الزيادة كانت موجودة في الحال وظهرت بالطحن بخلاف بيع دهن السمسم بالسمسم حيث يجوز لان المعيار فيهما الوزن وهو مسوولهما فإمكن التساوي بينهما ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا ولا يجوز متفاضلا لان اتحاد الاسم والصورة والمعنى وبه ثبت المجانسة من كل

شعر فيجوز اه فتح (قوله والآخر أجر أو هو) عبارة الكافي وفي الآخر أجر أو اه (قوله غير أن المعيار فيهما الكيل وهو غير مسوولهما) قال الكمال فلا تحقق المساواة بينهما كيلا بل هو محتمل فصار بيع أحدهما بالآخر كبيع الخراف لذلك الاحتمال وحرمة الربا انما كانت منتهية بالعلم بالمساواة الا فيما لا اعتبار به مثل أن يتفق كبس في كيل هذه الخنطة لم يتفق قدره سواء في الخنطة الاخرى فاذا لم يتحقق العلم بها سارت مؤيدة بالضرورة فلا يجوز وان كان كيلا بكيل مساو ثم قال الكمال وقولنا المعيار في الخنطة والدقيق الكيل لا راد به الا فيما اذا بيع بجنسه أما بالدرهم فيجوز بيع الخنطة وزنا بالدرهم وكذا الدقيق وغير ذلك اه (قوله ويجوز بيع الدقيق متساويا ولا يجوز متفاضلا) قال في خلاصة الفتاوى سواء كان أحدهما أخشن أو أدق وكذا يبيع النخالة بالنخالة وقال في شرح أبي نصر يجوز بيع الدقيق الدقيق اذا كانا على صفة واحدة من النعومة اه غاية قال الاتقاني ووجه هذه المسائل على ما قال في شرح الطحاوي على ثلاثة أوجه في رجه يجوز البيع اذا تساوى في الكيل وفي وجه لا يجوز البيع تساوي في الكيل أو تفاضلا وفي وجه اخذوا فيه أما الوجه الذي يجوز فيه البيع اذا تساوى في الكيل وهو أنهما اذا تابعا خنطة بخنطة وهما عتيقتان أو حديتان أو أحدهما عتيقة والاخرى حديثة وكذلك اذا

تبايعا حنطة مقلية أو دقيق حنطة بدقيق حنطة أو سويق حنطة بسويق حنطة وتساويا في الكيل فإنه يجوز وكذلك حكم الصغير بالشعير على هذا وكذلك إذا تبايعا تمرًا بتمر كلاهما عتيق أو كلاهما حديث أو أحدهما حديث والآخر عتيق وتساويا في الكيل فإنه يجوز بالإجماع وكذلك إذا تبايعا عنبًا بعنب أو زبيبًا بزبيب وكذلك حكم ما أشبه ذلك من المكيلات إذا بيع بحسنه وأما الوجه الذي لا يجوز تساويًا في الكيل أو تفاضلهما وأنهما إذا تبايعا حنطة مقلية بغير مقلية أو باع الحنطة بالدقيق أو الحنطة بسويق الحنطة أو تمرًا مطبوخًا بتمر غير مطبوخ أو حنطة مطبوخة بحنطة غير مطبوخة فلا يجوز تساويًا أو تفاضلاً وأما الوجه الذي اختلفوا فيه فهو أنهم إذا تبايعا تمرًا برطب أو برطبًا بسرا أو عنبًا بزبيب (٩٦) فتساوا في الكيل يجوز في قول أبي حنيفة وعندهما لا يجوز تساويًا أو تفاضلاً وبيع

وجه ولا يعتبر احتمال التفاضل كما في البراءة وقال أبو بكر محمد بن الفضل إنما يجوز بيع الدقيق بالدقيق إذا كانا مكبوسين وإن كانا غير مكبوسين أو أحدهما لا يجوز وإن باع الدقيق بالدقيق موازنة ففيه روايتان ولا يجوز بيع الدقيق بالسويق متفاضلاً ولا متساوياً عند أبي حنيفة وقال لا يجوز بيعها كانا من جنس واحد مختلفان لاختلاف الاسم والمقصود ألا ترى أن أحدهما يصلح لما لا يصلح له الآخر وهو أنه لا اختلاف غير أنه لا يجوز أن يباع أحدهما بالآخر نسبة لأن القدر يجرهما ولا يبيح حنيفة أنها من جنس واحد من وجه لانهما من أجزاء الحنطة ولهذا لا يجوز أن يباعا بالحنطة لاتحاد الجنس وعدم المسوى وكذا لا يجوز بيع أصل أحدهما بأصل الآخر وهو المقلية بغير المقلية لما ذكرنا وكذا الجزآن لا يجوز بيع أحدهما بالآخر إذا لم يخالف الشكل وبفوات بعض المقاصد لا يخرج من أن يكون جنسًا له كاصل أحدهما مع أصل الآخر ومعهما على ما بينا وكأبر العلك مع السوس حتى لا يجوز بيع أحدهما بالآخر المتساويًا ومجرد اختلاف الاسم لا يدل على اختلاف الجنس ألا ترى أن بعض الإنسان يختص باسم كالشباب والشيوخ والطفل ونحوه مع اتحاد الجنس وبيع المقلية بالمقلية والسويق بالسويق متساويًا باجتماع الجنس قال رحمه الله (والزيتون بالزيت والسهم بالسهم) الشيرج حتى يكون الزيت والشيرج أكثر مما في الزيتون والسهم أي لا يجوز البيع حتى يكون الدهن الخالص أكثر مما في الزيتون قد ربه ثملة والزائد الشيرج لاتحاد الجنس بينهما معنى باعتبار ما في ضمنهما وإن اختلفا صورة فيثبت بذلك شبهة المجانسة والربا يثبت بالشبهة فلا يلزم يكن الدهن الخالص أكثر من الذي في الآخر كان الشيرج بلا عوض يقابله فيحرم ولو لم يعلم أن الخالص أكثر لا يجوز خلافه فلهذا يقول إن الأصل هو الجواز والفساد طارئ عند وجود الفضل الخالي عن العوض فلا يفسد ما لم يعلم ذلك قلنا المتوهم في الربا كالتحقق ألا ترى إلى ما روى عن جابر أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الصبرة من التمر لا يعلم كيلها بالكيل المسمى من التمر واهم مسلم والنسائي وروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن الربا بالزيتية وهي شبهة الربا وقال ابن مسعود كان دنع تسعة أعشار الحلال مخافة الحرام وعلى ذلك كان السلف رضى الله عنهم ولا يقال إن السهم مكيل والدهن موزون فكيف يحرم التفاضل بينهما لأننا نقول المقصود منه دهنه وهو موزون والحزمة باعتباره فإن قيل على هذا ينبغي أن يجوز بيع السهم بالسهم متفاضلاً كيلا على وجه الاعتبار بأن يصرف كل جنس إلى خلاف جنسه قلنا ذلك يناقض في المنفصل خلقة دون المتصل وكذا يبيع الجوز بدهنه والذين يسمونه بالتمر بنواه وكل شيء ثقله قيمة إذا بيع بالخالص منه لا يجوز حتى يكون الخالص أكثر وإن لم يكن لثقله قيمة كتراب الذهب إذا بيع بالذهب أو تراب الفضة إذا بيع بالفضة لا يشترط أن يكون الذهب أو الفضة أكثر مما في التراب لأن التراب لا قيمة له فلا يجعل بآرائه شيء حتى لو جعل فسدل بالفضل قال رحمه الله (ويستقرض الخبز

الكفري بالسرا أو الرطب أو التمر يجوز كيفما كان بالإجماع لأن الكفري عددي اه مع حذف قوله) إنما يجوز بيع الدقيق بالدقيق إذا كانا مكبوسين قال الكمال وهو حسن اه (قوله ولا يجوز بيع الدقيق بالسويق) والمراد منه دقيق الحنطة بسويقها اه اتقاني وأما دقيق الحنطة بسويق الشعير وعكسه فلا شك في جوازه اه كمال (قوله ولا يجوز بيعها كانا من جنس واحد) أي دقيق الحنطة وسويقها اه فتح (قوله مختلفان) أي وان رجعا إلى أصل واحد اه فتح (قوله لاختلاف الاسم) أي والهيشة اه غاية (قوله وكذا لا يجوز بيع أصل أحدهما بأصل الآخر وهو المقلية) أي فان المقلية لاتصلح للزراعة ولا للهريسة ولا تطبخ فيخذ منها خبز اه فتح (قوله وكأبر العلك مع السوس)

قال الاتقاني والحنطة العلكة الجيدة قال ابن دريد طعام علك متين المضغة والحنطة المستوسنة أي المدودة يقال سوس الطعام وزنا إذا ودمن السوس وهو الدود وقال الكمال العلكة أي الجيدة السالسة من السوس ومستوسة بكسر الواو كأنها هي سوست أي أدخلت السوس فيها اه (قوله وبيع المقلية بالمقلية) قال الكمال فأما بيع الحنطة المقلية بالمقلية فاختلفوا قيل يجوز إذا تساوى كيلا ذكره في النخبة وقيل لا وعليه قول في المبسوط ووجهه أن النار قد تأخذ في أحدهما أكثر من الآخر والأول أولى اه قال الاتقاني يقال حنطة مقلية من قلى بقلى ومقلوة من قلاية لوفيهما اذن لغتان ذكرهما أهل اللغة كصاحب المجمل وغيره فعلى هذا عند من طعن على أصحابنا في استعجالهم بالباء مخطئا اه

(قوله وان كان عليه دين لا يجوز) أي لا يجوز البيع متفاضلا فيما فيه الربا اذا كان على العبد دين اه اتقاني (قوله وعندهما) وان كان المولى يملك ما في يده ولكن تعلق الخ اه (قوله الا أنه اذا أخذ) أي السيد اه (قوله وكذلك اذا تبايعا ببيعافاسدا) المسلم الذي دخل دار الحرب بامان اذا باع درهمين أو باع خرا أو خنزيرا أو مبيته أو قامرهم وأخذ المال يحل عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لأبي يوسف اه غايه (قوله ولان مالهم مباح) أي أهل الحرب اه

باب الحقوق

أي حقوق المبيع اه قال الكمال محل هذا الباب عقيب كتاب البيوع قبل الخيار (٩٧) قال الاتقاني ولكن المصنف لما تبع وضع

الجامع الصغير المرتب وفيه وقع الوضع هكذا بعد ذكر مسائل البيوع وضع هكذا أيضا اه (قوله في المثل العلو لا يدخل بشرائه بيت بكل حق الخ) قال في الهداية ومن اشترى منزلا ففوقه منزل فليس له الا على الأبن بشرته بكل حقه أو عرافقه أو بكل قليل وكثيره وفيه أو منه ومن اشترى بيتا ففوقه بيت بكل حق لم يكن له الأعلى ومن اشترى دارا بجودها فله العلو والكنف اه قال الاتقاني قال شمس الأئمة في شرح الجامع الصغير المنزل فوق البيت ودون الدار والبيت اسم لمسقف واحد له دهليز والدار اسم لما يشتمل على الصحن والبيوت والصفة والمطبخ والاصطبل والمنزل اسم لما يشتمل على بيوت ومطبخ وموضع قضاء الحاجة ولكن لا يكون فيه صحن إلى هنا فظ شمس الأئمة رحمه الله والجواب في ذلك أن العلو

وزنا لا عددا) وهذا عند أبي يوسف وعند محمد يستقرض بهما وعند أبي حنيفة لا يستقرض بهما وقد ينه من قبل قال رحمه الله (ولاربا بين المولى وعبده) لانه وما في يده ملكه فلا يتحقق الربا هذا اذا لم يكن عليه دين مستغرق برقبته وما في يده وان كان عليه دين لا يجوز لان ما في يده ليس ملكا للمولى عند أبي حنيفة فصار كالمكاتب وعندهما تعلق به حق الغير فلا يعرى عن الشبهة وفي المحيط في كتاب الصرف لاربا بينهم ما وان كان عليه دين لان له أن يأخذ كسب عبده المدين بعوض يعدله استخلاصا بغير شراء فجعل أخذاه بهذا الطريق الا أنه اذا أخذ منه درهمين بدرهم رد الدرهم الزائد على العبد لانه أخذ منه بغير عوض لا لاربا حتى لو أخذ منه درهمين بدرهم لا يجب على العبد الرد على المولى بخلاف المكاتب لأن حق المولى لا يظهر في حق كسب المكاتب والمتفاوضان لاربا بينهم ما لان الكل مالهما وكذا اشترى العنان اذا تبايعا من مال الشركة وان كان من غيره لم يجز قال رحمه الله (وبين الحربي والمسلم ثمة) أي لاربا بينهم ما في دار الحرب وكذلك اذا تبايعا ببيعافاسدا في دار الحرب فهو جائز وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف والشافعي لا يجوز لان المسلم التزم بالامان أن لا يملك أموالهم الا بال عقد وهذا العقد وقع فاسدا فلا يفسد الملك الحلال فصار كالأوقع مع المستأمن منهم في دارنا ولهما قوله صلى الله عليه وسلم لاربا بين المسلم والحربي في دار الحرب ولان مالهم مباح وبعقد الامان لم يصرم معصوما الا أنه التزم أن لا يغدرهم ولا يتعرض لما في أيديهم بدون رضاهم فاذا أخذهم رضاهم فقد أخذ ما لا مباحا بلا غدر فيما لم يكن بحكم الإباحة السابقة اذا تأثر الامان في تحصيل التراضي دون التملك فكان المالك في حق الحربي زائلا بالتجارة كما رضى به وفي حق المسلم ثابتا لاستيلائه على مال مباح بخلاف المستأمن منهم في دارنا لان ماله صار محظورا بعقد الامان ولو أسلم الحربي في دار الحرب ولم يهاجر اليها فكذلك الحكم عند أبي حنيفة لان ماله غير معصوم عنده على ما عرف في موضعه

باب الحقوق

قال رحمه الله (العلو لا يدخل بشرائه بيت بكل حق وبشرائه منزل الا بكل حق هوله أو عرافقه أو بكل قليل وكثيره وفيه أو منه ودخل بشرائه دارا كالكنف) أي لا يدخل العلو بشرائه بيت وان قال بكل حق هوله مالم ينص عليه وبشرائه منزل لا يدخل الا أن يقول بكل حق هوله أو عرافقه أو بكل قليل وكثيره وفيه أو منه وبشرائه الدار يدخل العلو وان لم يذكر شيئا من ذلك كما يدخل الكنف لان البيت اسم لمسقف واحد يصلح للبيتوتة والعلو مثله والشيء لا يكون تبعاً له ولا يكون من حقوقه فلا يدخل بدون النصيص

(١٣ - زيلعي رابع) لا يدخل في شراء البيت وان ذكر الحقوق الا اذا ذكر اسم العلو صريحا لان البيت اسم لخاص لمسقف واحد يات فيه والعلو في ذلك مثل السفلى والشيء يستتبع دونه لامثله أو فوقه والعلو يدخل في شراء المنزل اذا ذكر الحقوق أو المرافق أو كل قليل وكثير أو اسمه الخاص والا فلا وذلك لان المنزل اسم لبيتين أو ثلاثة ينزل فيها البلاء ومن اراد العلو في النزول كالسفل الا أنه دونه في احتمال السكنى فكان أصلا من وجه تابعاً من وجه فان ذكره أو ذكر اسم التبع دخل والا فلا وعلو الدار يدخل من غير نص باسمه الخاص ومن غير ذكر الحقوق لان العلو من جملة ما أدير الخواطر اه (قوله الخ) أي الاباحدى عبارات ثلاث اه (قوله وان قال الخ) هذه احدى العبارات الثلاث اه (قوله لان البيت اسم لمسقف واحد يصلح للبيتوتة) فمنهم من يقتصر على هذا ومنهم من يزيله دهليز اه كمال (قوله والشيء لا يكون تبعاً له) قال الكمال أو ما هو دونه أو ورد المستعير له أن يعير ما لا يختلف باختلاف المستعمل والمكاتب يكاتب عبده

وأجيب بان ذلك ليس بطريق الاستتباع بل لمالك المستعير المنفعة كان له أن يملك ما مملك والمكاتب يعقد الكتابة لما صار أحق بمكاسبه كان له ذلك لان كتابة عبده من اكسابه اه (قوله والمنزل بين الدار والبيت) منزلة بين المنزلتين وهي الدورة الصغيرة فيها بيتان أو ثلاثة وهو يشتمل على مرافق السكنى ولا يكتد قاصر ليس فيه منزل الاواب ولا ما يجرى مجرى ذلك اه اتقاني (قوله وفي عرفنا يدخل العلو) أي في الفصول كلها لان في عرفنا الدار والمنزل والبيت كله واحد اه اتقاني (قوله وانما يدخل الكنيف الخ) قال في الهداية وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف لانه من توابعه اه قال النكاح الكنيف هو المستراح اه (قوله ويدخل بر الماء والأشجار في صحنها والبستان فيها الماذكرنا) قال قاضيان ولو اشترى دارا فيها بستان دخل البستان في البيع صغيرا كان البستان أو كبيرا وان كان البستان خارجا من الدار لا يدخل البستان في البيع وان كان له باب في الدار كذا قال أبو سليمان وقال الفقيه أبو جعفر ان كان البستان أصغر من الدار ومفتحه إلى الدار يدخل في بيع الدار وان كان البستان أكبر من الدار لا يدخل في بيع الدار ولا يدخل في بيع الدار والمستأجرة مرت في باب العين في الخرج والدخول اه (قوله في المتن لا الظلة الخ) والظلة هي الساباط الذي أحاط طرفه على الدار والطرف الآخر على دار أخرى أو على الاسطوانات في السكة ومفتحه في الدار (٩٨) المبيعة اه اتقاني وكال (قوله اذا كان مفتحه في الدار) قال قاضيان وان لم يكن مفتحه

عليه والدار اسم لما أدى عليه الحد ومن الحائط ويشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مسقف والعلو من اجزائه وتوابعه فيدخل فيه من غير ذكر والمنزل بين الدار والبيت لانه اسم لما يشتمل على بيوت وصحن مسقف ومطبخ يسكنه الرجل بأهله مع ضرب قصور فيه فانه ليس فيه اصطبل فكان له شبهة بمافلتش به بالدار يدخل تبعاعه نذر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل من غير ذكر توابعه على الشبهين حظهما وذكر في النكاح ان هذا الجواب على هذا التفصيل بناء على عرف أهل الكوفة وفي عرفنا يدخل العلو في الكل سواء باع باسم البيت أو المنزل أو الدار لان كل منزل يسمى خاتمه سواء كان كبيرا أو صغيرا فكانه يقول يتناول العلو والسفل والأحكام في مثل هذا تنبى على العرف فيعتبر في كل إقليم وفي كل عصر عرف أهله وانما يدخل الكنيف لان الدار اسم لما أدى عليه الحائط والكنيف منه فيدخل بذكر الدار من غير افراده بالذكر كالعلو ولو كان خارج الدار مبنيا على الظلة يدخل لانه يمتد من الدار عادة ويدخل بر الماء والأشجار في صحنها والبستان فيها الماذكرنا وان كان البستان خارج الدار ان كان أكبر منها أو مثلها لا يدخل الا بالشرط لانه خارج عن حدودها وان كان أصغر منه لا يدخل لانه يمتد من الدار عرفا فصار تعالها قال رحمه الله (لا الظلة الا بكل حق) أي لا تدخل الظلة في بيع الدار الا اذا قال بكل حق أو نحو ذلك مما ذكرناه وهذا عند أبي خنيفة وعندهما تدخل من غير ذكر شيء مما ذكرنا اذا كان مفتحه في الدار لانهم من توابع الدار كالعلو والكنيف ولا يبي خنيفة أنها خارجة عن الحدود مبنية على هواء الطريق فصارت كالطريق ولا نه تابعة للدار من حيث ان قرارا أحاط طرفها عليها وليست بتابعة لها من حيث ان قرار طرفها الآخر على شيء آخر فصارت تابعة من وجه دون وجه فتدخل ان ذكر الحقوق ونحوه والا فلا عمل بالشبهين قال رحمه الله (ولا يدخل الطريق والمسيل والشرب الا بنحو كل حق بخلاف الاجارة) أي لا تدخل هذه الاشياء في بيع الارض أو المسكن الا بذكر كل حق أو نحوه

في الدار لا تدخل الظلة في بيع الدار في قولهم لا يذكر الظلة اه (قوله لانهم من توابع الدار كالعلو والكنيف) ولهذا الوجه لا يدخل الدار فدخلها بحث اه محيط (قوله من حيث ان قرار طرفها الآخر على شيء آخر) اما جدار الجار أو اسطوانات اه (قوله في المتن ولا يدخل الطريق والمسيل) قال العيني وهو موضع جرى الماء من المطر وغيره والشرب بكسر الشين وهو النصب من الماء اه (قوله الا بنحو كل حق الخ) أو عرفه أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه اه (قوله الا يذكر كل حق أو نحوه) قال النكاح

فان المقصود في الاصل منه ملك الرقبة لا الانتفاع بعينها اعتبارا بل اما ذلك أو ليتجر فيها أو يأخذ بعضها فلم يمتد فائدة البيع فلا بخلاف يلزم ولهذا جاز بيع الخش كالأول وان لم ينتفع به في الحال وكذا الارض السبعة ولا يصح اجارة ذلك وفي الكافي ولهذا الواستأجر علوا واستثنى الطريق فسدت الاجارة بخلاف ما لو اشترى علوا واستثنى الطريق يصح اه قال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي خنيفة في رجل يشتري البيت في الدار أو المنزل في الدار أو المسكن في الدار قال لا يكون له الطريق الا أن يقول بكل حق أو عرفه أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه فيكون له الطريق الى هنا لفظ أصل الجامع الصغير وذلك لان الطريق خارج عن الحدود الا أنه من التوابع فلا جرم لم يدخل من غير ذكر وكذلك الشرب والمسيل وهذا بخلاف اجارة البيت أو المنزل أو المسكن أو الارض حيث يدخل الطريق والمسيل والشرب من غير ذكر لان المقصود من الاجارة هو الانتفاع ولا يتفادى بدون أن تدخل هذه الاشياء في البيع ليس كذلك لان المقصود منه عكس الرقبة لا الانتفاع بعينها والانتفاع من ثمراته ولهذا يجوز بيع الخش الصغير الذي لا ينتفع به في الحال ويجوز بيع الارض السبعة لعدم الانتفاع قال الامام نضر الدين قاضيان واذا كان طريق الدار المبيعة أو مسيل مائما في دار أخرى لا يدخل من غير ذكر الحقوق لانه ليس من هذه الدار ولكنه من حقوق هذه الدار فلا يدخل بذكر الحقوق وان قال البائع ليس للدار المبيعة طريق في دار أخرى فالشترى لا يستحق الطريق

بغير حجة ولكن له أن يرد بالعيب وكذلك لو كانت جذوع دار أخرى على الدار المبيعة فإن كانت للبائع يؤمر برفعها وإن كانت لغيره كانت بمنزلة العيب وكذلك لو ظهر في الدار المبيعة طريق لدار أخرى أو مسيل ماء فإن كانت تلك الدار للبائع فلا طريق له في الدار المبيعة لأنه باعها من غير استثناء وإن كانت لغير البائع كانت بمنزلة العيب اهـ قال الكمال رحمه الله قوله ومن اشترى بيتاً في دار أو منزلاً فيها أو مسكناً فيها لم يكن له الطريق في هذه الدار إلى ذلك المشتري إلا أن يشتره بكل حق أو بموافقه أو بكل قليل وكثير وكذلك الشرب والمسيل لأنه خارج الحد ولا لأنه من التوابع فيدخل بذكر التوابع وفي المحيط المراد الطريق الخاص في ملك إنسان فأما طريقها إلى سكة غير نافذة وإلى الطريق العام فيدخل وكذا ما كان له من حق تسيل الماء أو القاء الثلج في ملك إنسان خاصة وقال نضر الإسلام وإذا كان طريق الدار المبيعة أو مسيل ماؤها في دار أخرى لا يدخل من غير ذكر الحقوق لأنه ليس من هذه الدار فلا يدخل إلا بذكر الحقوق إلا أن تعمله بقوله لأنه ليس من هذه الدار يقتضي أن الطريق الذي في هذه الدار يدخل وهو غير ما في الكتاب فالحق أن كلا منهما لا يدخل لأنه وإن كان في هذه الدار فلم يشتر جميع هذه الدار إنما اشترى شيئاً معيناً منها فلا يدخل ملك البائع أو ملك الأجنبي إلا بذكر اهـ (قوله بخلاف الاجارة حيث تدخل فيها) أي هذه الاشياء إذا استأجر داراً أو أرضاً اهـ عني (قوله فيما لا يمكن الانتفاع به) كالمهر والأرض السبعة اهـ (قوله ولو اشترى ربحي) وكذلك لو اشترى بيت الرحي بكل حق هوله أو بكل قليل وكثير هو فيه اهـ قاضيان

(٩٩)

باب الاستحقاق

هو طلب الحق اهـ قال الاتفاقى ذكر هذا الباب عقيب باب الحقوق لظهور التناسب بينهما لفظاً ومعنى اهـ قال الكمال حق هذا الباب أن يذكر بعد تمام أبواب البيع لأنه لا يظهر وعدم الصحة بعد التمام ظاهراً ولكن لما تناسب الحقوق لفظاً ومعنى ذكر عقبيه اهـ (قوله في المتن البيعة حجة متعددة الخ) قال العيني وهذا أصل لفروع كثيرة منها ما أشار إليه بقوله مبيعة الخ ومنها أنه إذا اشترى عبداً ثم

بخلاف الاجارة حيث تدخل فيها من غير شرط لأن هذه الاشياء تابعة من وجه من حيث أنهم تقصد للانتفاع بالبيع دون عينيها أصل من وجه من حيث أنه يتصور وجودها بدون البيع فكانت تابعة للبيع من وجه دون وجه فلا تدخل في البيع إلا بذكر الحقوق والمرافق وهذا لأنه قد يشترى للبيع فلا يلزم الشراء للانتفاع به وقد يشترى الطريق بعدما اشترى المبيع بخلاف الاجارة لأنها تعقد للانتفاع لا غير ولهذا لا تجوز الاجارة فيما لا يمكن الانتفاع به ولو بطل الانتفاع بعد عقد الاجارة تبطل الاجارة وكذا لو استثنى هذه الاشياء عن عقد الاجارة تبطل إذ لا يمكن الانتفاع بالعين المستأجرة إلا بهذه الاشياء فوجب دخولها فيها تصحيحاً لها ألا ترى أنه لو استأجر الطريق من صاحب العين لا يجوز فتحين الدخول فيها ولا يدخل مسيل ماء الميزاب إذا كان في ملك خاص ولا مسقط الثلج فيه وقد راجع الخام يدخل لأنه مركب بالبناء ولو اشترى ربحي يدخل الحجر الأسفل لأنه مركب بالبناء وكذا الأعلى استحساناً والآلات الملتصقة بالبيت لأن الرحاسم لبيت فيه مجرد واروا الحجر الأعلى هو الدوار

باب الاستحقاق

قال رحمه الله (البيعة حجة متعددة لا لإقرار) لأن البيعة لا تصير حجة لإبقاء القاضى وللقاضى ولاية عامة فينفذ قضاؤه في حق الكافة والإقرار حجة بنفسه لا يتوقف على القضاء والمقر ولاية على نفسه دون غيره فيقتصر عليه قال رحمه الله (والتناقض يمنع دعوى المالك الحرية والنسب والطلاق) لأن القاضى

ظهر له مستحق بالبيعة فإنه يرجع على البائع بالثمن لأنه يثبت بها المالك من الأصل فيتمدى إلى الكل ولو أقرب به المشتري لرجل أنه مستحق له لا يرجع بالثمن على البائع لأن إقراره قاصر عليه فيثبت به المالك في المقر به ضرورة صحة الخبر وقد اندفعت الضرورة بانثائه فلا يظهر الاستحقاق في حقه بالرجم على البائع اهـ (قوله في المتن والتناقض يمنع دعوى المالك) قال العيني وهذا أيضاً أصل لفروع كثيرة وموضعها في كتاب الدعوى ومن صور ذلك ما ذكره في الفتاوى الظهيرية رجل ادعى على رجل مقدراً معلوماً بأنه دين له عليه وأنكر المدعى عليه ذلك ثم ادعى أن ذلك المقدار عنده من جهة الشركة فإنه لا تسمع دعواه لأنه متناقض في كلامه ولو كان الأمر بالعكس تسمع لامكان التوفيق لأن مال الشركة يجوز أن يكون ديناً بالحدود والدين لا يجوز أن يصير مال الشركة ومنها ما ذكره فيها أيضاً رجل ادعى على أخيه أخوه وادعى عليه النفقة فقال المدعى عليه ليس هو بأخي ثم مات المدعى وخلف أموالاً كثيرة فجاء المدعى عليه فطلب ميراثه وقال هو أخی لا يقبل منه ذلك ولا يقضى له بالميراث لأنه متناقض ولو كان مكان دعوى الأخوة دعوى البتة أو الألوقة والمسئلة بمجالها يقبل ذلك منه ويقضى له بالميراث ومنها ما ذكره فيها ادعى عينا في يدى إنسان أنهما القلان وكفى بالخصومة فيها ثم ادعى أنها له وأقام البيعة على ذلك يصير متناقضاً فلا تقبل بيته ولو ادعى أنها له ثم ادعى بعد ذلك أنه القلان وكله بالخصومة فيه وأقام البيعة على ذلك قبلت بيته ولا يصير متناقضاً اهـ (قوله في المتن والتناقض يمنع الخ) انما يعنى التناقض في دعوى الاعتاق والتدبير من قبل العتيق أو مالو كان من قبل المولى بأن باع عبده ثم ادعى أنه كان أعتقه أو دبره قبل البيع فلا يعنى لأن الإنسان لا يخفى عليه فعله وبأن في باب دعوى النسب اهـ يحجى (قوله بالحرية والنسب) أى لا يمنع

(قوله وان أقربها الرجل لا)
فلو أقام المشتري بيته بعد
ذلك على إقرار البائع بأن
العبد المستحق يريد بذلك
الرجوع بالثمن هل تقبل
بيئته نظري كلام الشارح
عند قوله ولو باع عبد غيره
بغير أمره نقلا عن الزبادات
فلنراجع اهـ (قوله والفرق
أن البيعة حجة مطلقة) أى
ثابتة في حق جميع الناس
غير مقتصرة على المقضى
عليه اهـ فتح (قوله مبيئة)
أى لما كان ثابتا في نفس

الامر قبل الشهادة به اه فتح (قوله فيثبت به الملك من الاصل) قال الكمال فالولد كان متصلا في الزمان الذي يسحب عليه اظهار على
البينة الملك فيكون له اما الاقرار فحجة قاصرة على المقر حتى لا يتعدى الى غيره لانه لا اولاد له على غيره ولهذا لا يرجع المشتري على البائع
بالثمن في الاستحقاق بالاقرار وانما جعل حجة اضروية تعميم خبره وذلك يحصل باثباته في الحال والولد في الحال منفصل عنها والاقرار انما
هو بافقط فلا يتعدى اليه وهذا التوجيه يقتضى أنه لو ادعى المقر له لا يكون له وذكر التمرناشي أنه انما يمكن للمقر له ان يدعى فلو ادعاه
كان له لان الظاهر أنه له اه ما قاله الكمال رحمه الله (قوله ولهذا يرجع المشتري على البائع بالثمن) وترجع الباعة بعضهم على بعض فيما اذا
اشترى واحد من آخر واشترى من الآخر وهكذا ثم ظهر الاستحقاق بقضى بالبينة لانه ثبت قضاء على الكل ولا تسع دعوى أحدهم أنه
ملكه لان الكل صار وامقضا عليهم بالقضاء على المشتري الاخير كالأولاد على الاخير انما حرة الاصل حيث يرجعون اه فتح (قوله فلا
يظهر الاستحقاق في حقه) أى في حق الولد اه (قوله ثم قيل) أى في صورة الاستحقاق اه قال الكمال واذا قلنا ان الولد ليس بحق بالبينة فنقضى
القاضى بالام هل يدخل في القضاء فيه صيرهم قضاياه اه (قوله لم تدخل الزوائد تحت الحكم) وكذا لو كان الولد في يدرجل آخر غائب
فالقضاء بالام لا يكون قضا بالولد اه اتقانى قال الكمال وكذلك اذا كانت الزوائد في يد غائب لم تدخل حيث لم يدخل القضاء على الغائب
في ضمن القضاء على الحاضر وهو امر جائز عرف أنه يشترط القضاء بالولد بخصوصه اه (قوله في المتن وان قال عبد المشتري أى لرجل يطلب
شراء عبد اه (قوله فان عبد) أى لفلان اه (قوله فاشتره) أى ساء على كلامه اه (قوله فاذا هو حر) أى بيته أقامها اه كمال
وقوله فاذا هو حر قال الاتقانى غير ممنون لانها اذا المتفاحاة معناه أن العبد وجد حر الاصل ببيته أقيمت عليه اه (قوله أو غائبا غيبة معروفة)
بمعنى يدرى أين هو اه (قوله فلا شيء على العبد) أى لوجود من عليه الحق وهو البائع اه (قوله والارجع) أى وان لم يدر البائع أين

هو اه عني (قوله والعبد على البائع) وانما لا يرجع على العبد اذا كان المولى حاضرا للمتمكن من الرجوع على القابض اه (قوله وعن أبي يوسف) أي في غير ظاهر الرواية اه (قوله لان ضمان الثمن بالمعاوضة) أي بالمبايعة اه (قوله أو قال أنا عبد ولم يزد على ذلك) فانه لا يرجع بالثمن على العبد كذا ذكره الامام الترمذي في الجامع الصغير فالرجوع (١٠١) مفيد بقيد قوله اشتري وقوله اني عبد اه

(قوله لا يختلف بين أن يكون حاضرا) أي المضمون بما عليه اه (قوله أنه لم يزد منه) أي من العبد اه (قوله كما اذا كان ذلك من الاجنبي) بان قال الاجنبي اشتري فانه عبد فظهر حر الا يلزم الاجنبي شيء اه (قوله ولهذا قلنا) أي لاجل ان الاخبار كاذبا لا يوجب الضمان اه (قوله لا يوجب الضمان) أي رجوعا عليه بقيمة (قوله بقيمة العبد اه فتح (قوله بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة) أي فلم يقتض سلامة العوض اه اتقاني قال الكمال بخلاف الرهن فانه ليس عقد معاوضة بل عقد وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى جاز الرهن ببدل انصرف والمسلم فيه فلو هلك يقع استيفاء الدين ولو كان معاوضة كان استبدالا بالمسلم فيه قبل قبضه وهو حرام واذا لم يكن عقد معاوضة لا يجعل الامر به ضمنا لانه ليس تقديرا في عقد معاوضة ولهذا قالوا لو قال رجل لا آخرو قدسأله عن أمن هذا الطريق فقال أسلكه فانه آمن فأسلكه فنهب ماله لا يضمن وكذا لو قال له كل هذا الطعام فانه ليس بمسوم

على العبد والعبد على البائع بخلاف الرهن) يعني اذا قال اني فاني عبد فارتبه فاذا هو حر حيث لا يرجع المهر من على العبد بخلاف سواء كان الراهن حاضرا أو غائبا وعن أبي يوسف انه لا يرجع في الفصل الاول أيضا لان ضمان الثمن بالمعاوضة أو الكفالة ولم يوجب واحد منهما فصار كسلة الرهن وكما اذا قال اشتري أو قال أنا عبد ولم يزد على ذلك وهذا لان ما يوجب الضمان لا يختلف بين أن يكون حاضرا أو غائبا كالرهن يحققه أنه لم يوجب حده منه الا الاخبار كاذبا والامر بالشرا او ذلك لا يوجب الضمان كما اذا كان ذلك من الاجنبي ولهذا قلنا فمين قال لغيره أسلك هذا الطريق فانه آمن أو قال له كل هذا الطعام فانه ليس بمسوم فكان بخلاف ذلك لا يجب عليه ضمان ما عطب بسبب ذلك لما قلنا وجه الظاهر أن المقر بالعبودية ضمن سلامة نفسه أو سلامة الثمن المشتري عند تعذر استيفائه من البائع لانه انما أقدم على الشراء معتمدا على سلامة فصار بذلك بمنزلة الغرور من جهته والغرور في المعاوضة يجعل سببا للضمان دفعا للضرر عنه بقدر الامكان لان المعاوضات تقتضي سلامة العوض فاذا ظهرت حربة الاصل وأهلية الضمان وتعذر الاستيفاء من جهة البائع يؤخذ بذلك كالمولى اذا قال لاهل السوق هذا عبدي وقد أذنت له في التجارة فبايعوه فلهقه ديون ثم ظهر أنه حر أو استحق رجوعا عليه بقيمة يحكم الغرور دفعا للضرر عن الغرماء فعمل المولى كأنه ضمن لهم سلامة المالمية منه والبيع عقد معاوضة فأمكن أن يجعل الامر به ضمنا للسلامة بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة بل هو حبس من غير عوض يقابله ويصير بعاقبته استيفاء لعين حقه من غير أن يجعل مبادلة ألا ترى أن الرهن يجوز في موضع لا تجوز فيه المبادلة كتمن الصرف ورأس مال السلم والمسلم فيه فلا يمكن أن يجعل الامر به ضمنا للسلامة اذ هو في ضمن عقد المعاوضة وبخلاف المستشهد به من الامر بالأكل والسلوك أو كان الامر بذلك من الاجنبي لانه ليس بعقد معاوضة وأمر الاجنبي لا يعا به ولا يلتفت اليه وبخلاف ما اذا قال اشتري أو قال أنا عبد ولم يزد على ذلك لان الحر يشتري فخلصا كالاسير وقد لا يجوز شراء العبد كالمكاتب فلم يوجب حده منه ما يدل على الضمان ثم اذا ضمن المقر بالعبودية يرجع بذلك على البائع لانه قضى ديناً عليه وهو مضطرب فيه فلا يكون متبرعا كغير الرهن اذا قضى الدين لتخليص الرهن فان قيل لا تتصور هذه المسئلة على قول أبي حنيفة فان الدعوى شرط عنده لقبول الشهادة بالحرية لكون العتق حق العبد والتناقص فيه يمنع صحة الدعوى فكيف تقبل بينته على الحرية بعد اقراره بالرق قلنا قد أجاب عنه بعض مشايخنا بأن الوضع في حرية الاصل والدعوى فيه ليست بشرط عنده لتضمنها تحريم الفرج لان الشهود يجب عليهم تعيين أمه في حرية الاصل فتحرر على المولى وحرمة الفرج حق الله تعالى وفي حقوق الله تعالى الدعوى ليست بشرط كما في عتق الاممة فلا يكون التناقص مانعا حتى لو خلت حرية الاصل عن تحريم الفرج كولد المغرور تكون الدعوى فيه شرطا والتناقص مانع من صحتها من حيث انه يعدم الدعوى وعامتهم على ان دعوى العبد شرط عنده في الحرية الاصلية والطارئة لان حق العبد وهو الصحيح لكن التناقص لا يمنع صحة الدعوى وقبول الشهادة فيها لانه حاله عليه في معنى التناقص فيه أما الحرية الاصلية فلان الصغير قد يجلب من دار الحرب ولا يعلم بحرية أبيه أو بحرية أحدهما باسلامهما أو باسلام أحدهما فيها ويعتقد أنه رقيق فيقر بالرق ثم تبين له الحال بعد ذلك فيدعي الحرية فيعذر في التناقص وأما في العتق

فأكله فأت غير أنه يستحق عند الله عذابا لا يطاق اه (قوله على البائع) هو الصواب وفي خطأ الشارح على الأمر اه (قوله فلا يكون متبرعا الخ) قال الكمال بخلاف من أدى عن آخر ديناً أو حقا عليه بغير أمره وليس مضطربا فيه فانه لا يرجع به اه (قوله والتناقص فيه يمنع صحة الدعوى) وقوله أنا حر بعد قوله أنا عبد تناقض لا محالة اه اتقاني (قوله بان الوضع) أي وضع المسئلة اه (قوله والدعوى فيها ليست بشرط عنده) أي كقولهم ما في دعوى الحرية مطلقا اه كمال (قوله لتضمنها) أي الدعوى اه

(قوله كاختلعة تقيم البينة أن زوجها طلقها ثلاثا فأقبل الخلع) يقبل ذلك منه لأن الزوج ينفرد بالطلاق فربما لا تعلم المرأة بذلك ثم تعلم أه غايه وقوله طلقها ثلاثا فاعيد الثلاث لأن فيمادون الثلاث يمكن أن يقيم الزوج البينة أنه قد تزوجها بعد الطلاق الذي أثبتته المرأة ببينتها قبل يوم أو يومين وأما في الثلاث فلا يمكن أه (قوله وكالمالك إذا أقام بينة أن مولاه أعتقه قبل الكتابة) أي تقبل مع أن اتفاقها على سؤال الخلع والكتابة اقرار بقاء العصمة والرق ولم يضرهما التناقض للخفاء فترجع المرأة والمكاتب بيد الخلع ومال الكتابة وذ كرهنا مسألة الجامع الكبير وهي أصل في الاستحقاق وهي رجل اشترى من آخر ثوبا فقطعه بقيصا وخاطه وجاء مستحق قال هذا القيص لي وأثبتته بالبينة فالمشترى لا يرجع بالثمن على البائع لأن الاستحقاق ما ورد على ملاك البائع لأنه لو كان ملكه في الأصل انقطع بالقطع والخاططة كمن غصب ثوبا فقطعه وخاطه ينتقل ملك الغصب منه الثوب إلى الخاططة فلا أصل أن الاستحقاق إذا ورد على ملاك البائع المكاتب من الأصل يرجع عليه وإن ورد على المشتري بعد ما صار إلى حال لو كان غصبا لم يكن له يرجع على البائع لأنه متيقن الكذب ولهذا لو اشترى ثوبا من دسهرين فأقام بينة أنه من دسهرين يقضى له به ولا يرجع هو على بآءه وعرف أن المعنى أن يستحقه باسم القيص ولو كان أقام البينة أنه قبل هذه الصفة يرجع المشتري بالثمن وعلى هذا الجواب إذا اشترى حنطة فطحنها ثم استحق الدقيق ولو قال كانت قبل الطحن لي يرجع وكذا إذا اشترى لحما فشواه ولو اشترى شاة فذبحها وسلخها فأقام البينة آخر أن الرأس والأطراف والنعم والجلد له فقضى به يرجع المشتري على بآءه (١٠٢) لأن هذا استحقاق عين الشاة أه كمال قال الناطقي في كتاب الاجناس رجل باع

الطارئ فلان المولى يستبد به ويحقي على العبد فيعذر في التناقض كاختلعة تقيم البينة أن زوجها طلقها ثلاثا فأقبل الخلع وكالمالك إذا أقام بينة أن مولاه أعتقه قبل الكتابة قال رحمه الله (ومن ادعى حقاً في دار) أي مجهولاً (فصول على مائة فاستحق بعضها لا يرجع بشئ) لأن دعواه يجوز أن تكون فيما بقي وان قل فإدام في يده شئ لا يرجع عليه بخلاف ما إذا استحق كلها لانه لا ينفقنا أنه أخذ عوض ما لا يملك فريد ودلت المسئلة على أن الصلح على معلوم عن مجهول جائز لانه لا يفضي إلى المنازعة والمنع باعتباره فإذا خلا عنه جاز وقد كرهنا في الإبراء عن كل عيب وذ كرهنا الخلاف فيه ودلت أيضاً على أن صحة الدعوى ليست بشرط صحة الصلح لأن دعوى الحق في الدار غير صحيحة بطلها المدعى حتى لو أقام البينة على هذه الصورة لا تقبل بينته إلا إذا ادعى اقرار المدعى عليه بذلك حينئذ تقبل بينته لأن الإقرار بالمجهول صحيح بخلاف البينة وقال بعض المشايخ لا يصح الصلح إلا في دعوى الإقرار أو دعوى المقدر من الدار لانه معاوضة أو لاقتداء العيين والمعاوضة لا تجوز في المجهول وكذا العيين لأنهم لا يتوجه إلا بعد صحة الدعوى قلنا قد تكون لدفع الشغب والخصومة وذلك يحصل به وهذا إذا لم يقدر الحق بشئ وإن قدره بمجهول بمبلغ ربع مثلاً أو نصف لا يرجع عليه ما دام في يده ذلك القدر وإن بقي أقل منه يرجع عليه بحسب ما استحق منه قال رحمه الله (ولو ادعى كلها يرجع عليه بقطعة) لأن الصلح على مائة وقع عن كل الدار فإذا استحق منها شئ تبين أن المدعى لا يملك ذلك القدر فريد بحسب ما به من العوض قال رحمه الله (ومن باع ملكاً غيره

غلاماً وهو ساكت ثم قال بعد البيع مع علمه بالبيع أنا حر لا يقبل قوله وهو عبد ذكره في اقرار الأصل وقد زاد في مختصر الطحاوي وقيل له بعد البيع قم مع مولاي فقام فذلك اقرار منه بالرق إلى هنا لفظ الاجناس في السبع أه اتفاقاً رحمه الله رجل اشترى جارية وباعها من غيره فتبدلها لا يدعي فاعت عند المشتري الرابع انها حرة فرداها الرابع على الثالث بقوله أو الثالث على الثاني وأبى البائع الأول أن

يقبله أقالوا ان كانت الجارية أعتقت فله أن لا يقبل من الجارية قولها وإن ادعت انها حرة الأصل وقد انقادت للبيع فللمالك والتسليم بان بيعت وسلمت للمشتري وهي ساكتة فلا يباع أيضاً أن لا يقبلها لأن انقيادها على هذا الوجه بمنزلة الإقرار بالرق ولو أقربت بالرق ثم ادعت العتق لا يقبل قولها إلا ببينة وإن أنكرت البيع والتسليم ليس للبائع أن لا يقبل لانه إذا لم تقر بالرق كان القول قولها في الحرية وكان للمشتري أن يرجع على البائع بالثمن كما ثبتت الحرية بالبينة وقال بعضهم إذا ادعت الحرية لم يكن له أن يردها على البائع بقولها لكن ينبغي له أن يتزوجها احتياطاً حتى يحل له وطؤها إما بملك العيين ان كانت أمة أو بملك النكاح ان كانت حرة وكذا كل من اشترى جارية ينبغي له أن يتزوجها احتياطاً أه قاضيان رحمه الله تعالى (قوله واستحق بعضها) أي بعض الدار أه (قوله لا يرجع بشئ) أي لا يرجع المدعى عليه على المدعى أه (قوله فإدام في يده) أي في يده المدعى عليه أه (قوله على معلوم عن مجهول) هذا هو الصواب والذي بخط الشارح عن معلوم على مجهول أه (قوله حتى لو أقام البينة على هذه الصورة) أي فيما إذا ادعى حقاً مجهولاً في دار أه (قوله في الثمن ولو ادعى كلها يرجع عليه) عليه ثابت في خط الشارح وليس بثابت في المتن أه (قوله في الثمن ومن باع ملك الخ) في بعض نسخ المتن هنا فصل ووقع ذلك المعنى رحمه الله وترجم له ببيع الفضولي أه قال الكمال رحمه الله مناسبة هذا الفصل مع الاستحقاق ظاهرة لأن دعوى الاستحقاق تتضمن دعوى الفضولي على أحسن الوجوه لانه يتضمن إمداد عاه أن بائعك باع ملكي بغير إذن لي غصبه أو فضوله وأحسن المخارج الملتزمة فيه فضوله والفضول جمع فضل غاب في الاشتغال بما لا يغنيه وما لا ولاية له فيه فقول بعض الجهلة لمن يأمر بالمعروف

أنت فضولي يخفى عليه الكفر اه قال الاتقاني مناسبة هذا الفصل بباب الاستحقاق ظاهرة جدا فان المال في الصورتين جميعا في يد صاحب اليد بلا اذن المالك ثم ترجحة الفصل ببيع الفضولي لكونه أئين أحسن من ترجته بباب بيع عبد الغير كما وقع في الجامع الصغير المرتب ثم الفضولي بضم الفاء وفتح الفاء خطأ وهي نسبة لفضول جمع الفضل بمعنى الزيادة وقد غلب جمعه على ما لاخير فيه حتى قيل فضول بلا فضل وسن بلا سنا * وطول بلا طول وعرض بلا عرض

اه كذا في المغرب ويسمى من يشتغل بما لا يعنيه فضوليا وفي اصطلاح الفقهاء هو من يتصرف في حق الغير بلا اذن شرعي كالاجنبي يزوج أو يبيع ولم يرد في النسبة الى الواحد وان كان هو القياس لانه صار بالغلبة كالعلم لهذا المعنى فصار كالانصاري والاعرابي اه (قوله في المتن فلما لا أن يفسخه ويجيزه) وهو قول مالك وأحمد اه كمال (قوله بشرط أن يبقى المتعاقدان) وهما البائع الفضولي والمشتري منه اه ع (قوله والمعقود له) أي والمعقود به لوعرضنا اه متن والمعقود به هو الثمن اه (قوله والاصل فيه أن كل تصرف صدر من الفضولي وله مجيز الخ) قال الاتقاني اعلم أن كل عقده مجيز حال وقوعه كالبيع والاجارة ونحوهما ينعقد من الفضولي ويتوقف نفاذه على اجازة المالك فان اجازته ثبت مستندا الى وقت العقد ولا يبطل التصرف اه (قوله وان لم يكن له مجيز حالة العقد) محل تأمل تأمل تدر اه (قوله وعند الشافعي لا تنعقد تصرفات الفضولي) قال في الهداية (٣٠٣) وقال الشافعي لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالمالك أو باذن المالك

وقد فقد اول انعقادا لا بالقدرة الشرعية ولنا أنه تصرف تمليك وقد صدر من أهله في محله فوجب القول بانعقاده اذ لا ضرورة للمالك مع تخير قال الكمال وقول المصنف تصرف تمليك من اضافة العام الى الخاص كحركة الاعراب والاضافة في مثله بيانية أي تصرف هو تمليك وحركة هي اعراب ولا حاجة الى هذا التمهيد هنا لان تصرفات الفضولي تتوقف عندنا اذا صدرت والمتصرف مجيز أي من يقدر على الاجازة سواء كان تمليكا كالبيع

فلما لا أن يفسخه ويجيزه ان بقي العاقدان والمعقود عليه وله وبه لوعرضنا أي للمالك أن يجيز العقد بشرط أن يبقى المتعاقدان والمعقود عليه والمعقود له وهو المالك بحالهم والاصل فيه ان كل تصرف صدر من الفضولي وله مجيز حال وقوعه انعقد موقفا على الاجازة عندنا وان لم يكن له مجيز حالة العقد لا يتوقف ويتبع باطلا والشرع لا يتوقف على الاجازة اذا وجد نفاذا على العاقد وان لم يجد نفاذا يتوقف كشرع العبد وانصغرا المحجور عليهما وعند الشافعي لا تنعقد تصرفات الفضولي أصلا ولا تجوز باجارة المالك لانها وقعت باطلا لخلوها عن ولاية شرعية اذ هي بالمالك أو بتوكيل المالك ولم يوجد واحد منهما فافتلخو لان التصرفات الشرعية تتوقف على الولاية كما تتوقف على الاهلية والمحلية ولنا حديث عروة بن أبي الجعد الباري أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه دينارا يشتري له به شاة فاشتري له به شاتين فباع احدهما بدينار فجاء بدينار وشاة فدعا له بالبركة في بيعه فكان لو اشترى التراب لم يبع فيه رواء البخاري وأحمد وأبو داود وحديث جبيب بن أبي ثابت عن حكيم بن حزام أن النبي صلى الله عليه وسلم بعثه ليشتري له أضيحة بدينار فاشتري أضيحة فأربع فيم ادينارا فاشتري أخرى مكانها فجاء بالأضيحة والدينار الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ضح بالشاة وصدق بالدينار رواء الترمذي وهذا رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز بيعه ولو كان باطلا لردته وأنكر عليه ولان ركن التصرف صدر من أهله مضافا الى محله ولا ضرر في انعقاده موقفا فيعقد وهذا لان الاهلية بالعقل والتميز والمحلية بكون المال متقوما وقد وجد اوليس فيه ضرر على المالك لانه مخير فاذا رأى المصلحة فيه نفذه والافسخه بل له فيه منفعة حيث يستقط عنه مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وسقوط رجوع حقوق العقد اليه وفيه نفع للعاقدين لصون كلامهما عن الانعقاد فثبت القدرة

والاجازة والهبة والتزويج والتزويج أو اسقاطا حتى لو طلق الرجل امرأته غيرة أو أعنت عبده أو أجاز ظلمت وانعتق وكذا ما مر الاسقاطات للديون وغيرها فكان الاحسن أن يقول تصرف شرعي اه وقوله ولا انعقادا لا بالقدرة الشرعية قال الكمال وقوله ولا انعقادا لا بالقدرة الشرعية ان أردت لا انعقاد على وجه البيان سلمناه ولا يضر وان أردت لا انعقاد على وجه التوقف الى أن يرى المالك مصلحته في الاجازة فيجيز فعله أو عدمها فيبطله مخوع ولا دليل عليه بل الدليل دل على ثبوته وهو تحقق الحاجة والمصلحة لكل من العاقد والمالك والمشتري من غير ضرر ولا مانع شرعي فيدخل ثبوته في العجومات اه (قوله فقال) أي صلى الله عليه وسلم بارك الله في صفقتك اه كمال (قوله وهذا لان الاهلية بالعقل والتميز والمحلية الخ) قال الاتقاني لان محل البيع بكونه مالا متقوما لا بكونه مملوكا لا يباع لانه يصح بيع الوصي والتوكيل مع أنه ليس بمملوك له فعلم أن محل البيع هو المال المتقوم لا المال المملوك وقد وجد ولا نفع له مجيز حال وقوعه فوجب أن يصح كالأوصى بجميع ماله أو وصى لوارثه ثم أجازت الورثة بعد موته اه (قوله وقرار الثمن) أي ونفاق سلعة وراحته فيها أو وصوله الى البدل المطلوب له المحبوب والمشتري وصوله الى الحاجة نفسه ودفعها بالمبيع وارتفاع ألم فقد هذا اذا كان مهمالا اه كمال (قوله وسقوط) ثابت في خط السارح وينبغي اسقاطه اه كمال (قوله وفيه نفع للعاقدين) العاقد بصون كلامه عن الانعقاد والاهداء بل وحصول الثواب له اذا نوى الخير لله تعالى من الاعانة على حصول الرفق لخيرته المسلم اه كمال

(قوله قلنا لا نسلم انه لا يفيد الملك الخ) قال الكمال قلنا لا يلزم من عدم ترتبه في الحال عدمه مطلقا بل هو مرجوح فلا يلزم عدمه وكون متعلق العقد مرجوحا كاف في صحة التصرف وعن هذا صح تعليق الطلاق والعتاق بالشرط والافلاوقوع في الحال ولا يقطع بوقوعه فكان ينبغي أن يلغى لكن لما كان بحيث يرجح صح وانعقد سببا في الحال مضافا وعند الشرط كقولنا هذا اه (قوله ولان السبب انما يلغى الخ) اذا بعيز بيع الفضولي يستحق المشتري الزوائد المنفصلة والمتصلة بخلاف ما اذا أدى الغاصب الضمان حيث تلك المتصلة بالمنفصلة اه كمال (قوله ولا يلزم على هذا اعتاق الصبي وطلاقه الخ) قال الكمال وعدم بوقف طلاق الصبي ولو عمل لحق الشرع فانه أنزله كالمجنون فيما نحن فيه وان كان أهلا اذ صح تركه له بذلك عن غيره وطلاق المرأة ضررها فان عقد النكاح شرع للتراحم والتعاون وانتظام المصالح فلما لم يتوقف ذلك منه لا على اجازة وليه (١٠٤) ولا على اجازته بعد البلوغ بخلاف ما اذا اشترى أو تزوج أو زوج أمته فان هذه التصرفات

تتوقف منه على اجازة وليه واجازته بعد البلوغ اه
 ﴿فرع﴾ قال في الجامع الصغير اذا بيع متاع انسان بين يديه وهو ينظر لا يصح لان سكوته يحتمل الرضا ويحتمل السخط وقال ابن أبي ليلى سكوته يكون اجازة قاله الزبلي في مسائل آخر الكتاب عند قوله باع عقارا الخ اه ﴿فرع﴾ رجل باع جارية بغير اذن المولى وزوجها رجل آخر بغير اذن المولى وأعتقها فضولي فأخبر المولى قال أجزت جميع ذلك قال الشيخ المولى أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله فقد العتق ويبطل ما سواه ذكره فاضحان في البيع الفاسد اه (قوله وانما شرط الصحة الاجازة بقاء المتعاقدين والمعقود له الخ) قال الكمال وفي الايضاح عقد الفضولي في حق وصف الحوازم موقوف على الاجازة فأخذت الاجازة حكم

الشرعية احرار هذه المنافع على أن الاذن ثابت دلالة لان كل عاقل رضى بتصرف يحصل له النفع اذ لا يوجد مثل هذا التصرف النافع في حال غيبته عادة الا من صدق متفضل نصوح يرى لأخيه مثل ما يرى لنفسه فان قيل المقصود بوضع الاسباب الشرعية أحكامها لا مجرد السبب فاذا لم تقدر الحكم لا تعتبر وحكمها وهو التملك لا يتصور من غير مالك فيلغى قلنا لا نسلم انه لا يفيد الملك بل يفيد ملكا موقوفا لانه اللاتقي بالسبب الموقوف كما يفيد السبب البات الملك البات لانه هو اللاتقي به ولهذا لو أعتق المشتري ثم أجاز للمالك البيع نفذ عتقه ولان السبب انما يلغى اذا خلا حكمه عنه شرعا أو ما اذا تأخر فلا لان العلة قد يتأخر حكمه العارض كالبيع الذي فيه الخيار للتعاقدين أو لأحد هـ ما وكالراهنين اذا تبايعا رهنا برهن بغير اذن المرتبهين انعقد ووقف الحكم لحق المرتبهين وكذا الطلاق المضاف الى شهر ثبت للعال ويتأخر حكمه وكذلك شهر رمضان سبب لوجوب الصوم ويتأخر الوجوب في حق المسافر والمرضى ولا يلزم على هذا اعتاق الصبي وطلاقه وهبته وبيعه بالغبن الفاحش حيث لا يجوز لو أجازها الولي أو هو بنفسه بعد بلوغه لان هذه العقود لا يجوز لها حال وقوعها لانه بعضها اضرا عليه ألا ترى أن الولي لا يملك انشاءها فطلبت فبعد ذلك لا تعود صحيحة حتى لو باشر الصبي عقد اعلمك عليه الولي كالتكاح والاجازة والبيع من غير غبن توقف حتى لو أجاز له الولي أو هو بعد بلوغه جاز فان قيل نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان أي ما لا يملكه كمنهى عن بيع المبيع قبل القبض وعن بيع الآتي ثم اذا باع المبيع قبل القبض أو الآتي لا يجوز له ان يبيعه فكذلك هذا دليل أولى لان الآتي والمبيع ملكه وهو مع هذا لا يجوز بيعه فعند عدم الملك أولى قلنا كلامنا في انعقاد العقد وبيع المبيع قبل القبض ينعقد عندنا وان كان فاسدا وكذا الآتي في رواية حتى لو سلمه بعد ذلك صح فلا يلزمنا والمراد بما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان أن يبيع شيئا لا يملكه ثم يشتريه ويسلمه بدليل قصة الحديث فان حكيم بن حزام قال يا رسول الله ان الرجل ليا تبتى فيطلب منى سلعة ليست عنده فابيعها منه ثم أدخل السوق فاشتريها أو أسلمها اليه فقال صلى الله عليه وسلم لا تبع ما ليس عندك رواه أبو داود وأحمد وانما شرط الصحة الاجازة بقاء المتعاقدين والمعقود له والاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام هذه الاشياء ولا يشترط بقاء الثمن الا اذا كان عرضا لان العرض يتعين بالتعيين فصار كالمبيع فيشترط بقاءه واذا أجاز له المالك كان الثمن مملوكا له أمانة في يد الفضولي بمنزلة الوكيل حتى لا يضمن بالهلاك في يده سواء هلك بعد الاجازة أو قبله لان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة

الانشاء ولا بد في الانشاء من قيام الاربعة وبالتفصيل شرط بقاء المعقود وعليه لان الملك لم ينتقل فيه وانما ينتقل بعد الاجازة ولا يمكن أن ينتقل بعد الهلاك والمشتري ليزم له الثمن وبعد الموت لا يلزمه ما لم يكن لزمه حال أهليته والبايع لانه تزمه حقوق العقد بالاجازة ولا تزمه الاحياء والمالك لان الاجازة تكون منه لامن وارنه اه (قوله ولا يشترط بقاء الثمن الا اذا كان عرضا) فحينئذ يشترط بقاء خمسة الاربعة السابقة والخامس قيام العرض اه (قوله لان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة) أي من حيث انه صار بها تصرفه نافذا وان لم يكن من كل وجه فان المشتري من الفضولي اذا أجاز المالك لا ينفذ بل يبطل بخلاف الوكيل وهذا بسبب أن الملك البات اذا طرأ على الموقوف وهو ملك المشتري من الفضولي يبطل الموقوف ولهذا التزجرت أمة وطئها مولاه بغير اذنه فبطلت قبل الاجازة وتوقف النكاح على اجازة الوارث لانه لم يطرأ ملك بات للوارث في البضع فيبطل وهذا يوجب تقييد الوارث بكونه من الاولاد بخلاف فحواين النعم اه كمال رحمه

الله تعالى (قوله والفضولي أن يفسخ) قال الكمال والفضولي أي في البيع أن يفسخ قبل إجازة المالك حتى لو أجازته لا ينفذ وال العقد الموقوف وانما كان له ذلك ليدفع الحقوق عن نفسه فانه بعد الإجازة يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد اليه فيطالب بالتسليم ويخاصم في العيب وفي ذلك ضرر به فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته عليه اهـ وقوله والفضولي أن يفسخ الخ وكذا المشتري منه أن يفسخ قبل الإجازة اهـ مبسوط معناه اهـ (قوله بخلاف الفضولي في النكاح) قال الكمال رجه الله بخلاف الفضولي في النكاح ليس له أن يفسخ بالقول ولا بالفعل لانه معبر بمحض أي كافي عبارة قبل الإجازة تنقل العبارة الى المالك فتصير الحقوق منوطة به لا بالفضولي فلا يلزمه بالإجازة ضرر تعلق الحقوق وقد ثبت للمالك والولي حق أن يجيز وكذا بالفعل كان زوج امرأته رضاها من غائب فقبل أن يجيز زوجته أختها وقوف العقد الثاني أيضا بخلاف الموقوفه بعد عقده فضولا أن يزوجها امرأته فزوجها العقد الاول يبطل بطرق البات على الموقوف اهـ وقال الاتقاني وفي باب النكاح لو أن فضولا خطب امرأة رجل بغير أمره فزوجها المرأة نفسها من ذلك الرجل فان النكاح موقوف على إجازته فان فسخ هذا الفضولي النكاح قبل الإجازة ففسخه باطل لان حقوق العقد لا تنصرف اليه وهو فيه معبر فاذا عبر فقد انتهى فصار هو بمنزلة الاجنبي ولو فسخت المرأة النكاح قبل الإجازة انفسخ اهـ (قوله وإجازة المالك الخ) أي الإجازة من المالك فيما اذا كان الثمن عرضا إجازة نقد أي إجازة ان يتقدم الفضولي عن العرض من مال المالك لإجازة عقد موقوف لان العقد لازم على الفضولي نافذ عليه لكونه شراء فلا يحتاج الى إجازة العقد قاله الاتقاني وقال الكمال فان كان أي الثمن عينا بان باع الفضولي ملك غيره بعرض معين ببيع مقايضة اشترط قيام الاربعة المذكورة وخامس وهو ذلك الثمن العرض واذا أجاز المالك المبيع والتمن عرض فالفضولي يكون ببيع مال الغير مشتريا العرض من وجهه والشراء لا يتوقف الا اذا وجد نفاد فينفذ على الفضولي فيصير ملكا للعرض (١٠٥) والذي تفيد به الإجازة انه أجاز للفضولي أن

ينفذ ثمن ما اشتراه من ذلك العرض من ماله كانه قال اشتر هذا العرض لنفسك وانفذ ثمنه من مالي هذا قرضا عليك فان كان مثليا فعليه مثله وان كان قيميا كتب أو جارية يصير مستقرضا للجارية أو الثوب والقرض وان لم يجز في القيميات لكن ذلك اذا كان قصدا وهنا انما ثبت ضمنا مقتضى صحة الشراء فتراعى فيه شرائط

والفضولي أن يفسخ قبل الإجازة دفع الحقوق الضرر عن نفسه بخلاف الفضولي في النكاح لانه معبر بمحض فلا ترجع الحقوق اليه وكذا لا يشترط في النكاح بقاء العقد الفضولي عند الإجازة حتى لو أجازته بعد ما ملك العقد جازوه الذي ذكرنا من أن الثمن يكون للمالك فيما اذا كان دينيا وان كان عرضا معيننا كان الثمن العرض للفضولي ملكا له وإجازة المالك إجازة نقد لا إجازة عقد لانه لما كان العرض متعينا كان شراء من وجهه والشراء لا يتوقف بل ينفذ على المباشرة وجد نفاد فيكون ملكا له وإجازة المالك لا ينقل اليه بل تأثير إجازته في النقد لا في العقد ثم يجب على الفضولي مثل المبيع ان كان مثليا والا فقيته لانه لما صار البذل له صار مشتريا لنفسه بمال الغير مستقرضه في ضمن الشراء فيجب عليه رده كما لو قضى دينه بمال الغير واستقرض غير المثلتي جاز ضمنا وان لم يجز قصدا لا ترى أن الرجل لو تزوج امرأة على عبد الغير صح وتجب قيمته عليه لان النكاح على العبد مشروع فينفذ من ضرورته يصير قرضا فكذا هنا واعتبار جانب الشراء أولى من اعتبار جانب البيع لانه يوافق الأصل لنفاذ تصرف العاقل عليه واعتبار جانب البيع يقتضي التوقف على غيره وهو خلاف الأصل ولا يقال لو كان شراء ملكا

(١٤ - زباجي رابع) صحة المقتضى وهو الشراء لا غير كالسقيط بالمسلم فيه اذا آذاه من مال نفسه يصير مقرضا حتى يرجع بقيته ان كان ثوبا لان الثوب متلى في باب السلم فكذا فيما جعل تبعه فكذا ههنا اذا صحه شراء العبد لا بقرض الجارية والشراء مشروع فبقي ضمنه يكون مشروعا ههنا وانما ينفذ الشراء على المشتري اذا لم يصفه الى آخره ووجد الشراء النفاذ عليه ولم يسبق بتوكيل للمشتري من آخر فاما ان كان كذلك فالشراء يتوقف وفي الوكالة ينفذ على الموكل فانه ذكر في شرح الطحاوي ولو اشترى رجل لرجل شيئا بغير أمره كان ما اشتراه لنفسه إجازة الذي اشتراه له ولم يجزه أما اذا أضافه الى آخره بان قال للبائع بيع عبدك من فلان بكذا فقال بيعت وقبل المشتري هذا البيع لفلان فانه يتوقف اهـ (قوله واعتبار جانب الشراء أولى من اعتبار جانب البيع الخ) قال الاتقاني والجواب عن قياسهم على الشراء فنقول فيه تفصيل ذكره أصحابنا فان قال الفضولي بيع هذا العبد لفلان فقال المالك بيعت وقال الفضولي اشتريت لاجله أو قال المالك ابتداء بيعت هذا العبد لفلان وقال الفضولي قبلت لاجله فهو على هذا الخلاف فلا يصح القياس أما اذا قال اشتريت منك هذا العبد لاجل فلان فقال المالك بيعت أو قال المالك بيعت منك هذا العبد لاجل فلان فقال اشتريت فلا يتوقف على إجازة فلان لانه وجد نفاد على المشتري لانه أضيف اليه ظاهرا ولا حاجة بنا الى إيقافه على رضا الغير وقوله لاجل فلان محتمل لاجل رضاه وشفاعته وغير ذلك فلا يتوقف على غيره بخلاف البيع لانه لم يجد نفاد على غير المالك ولم ينفذ في حق البائع فاحتج الى إيقافه على رضا الغير اهـ قال الكمال وأما القياس على الفضولي ففي شراء الفضولي تفصيل ذكره في شرح الطحاوي وطريقة الخلاف وهو أن الفضولي لو قال بيع هذا العبد لفلان الى آخر ما ذكره الاتقاني اهـ وقوله واعتبار جانب الشراء أولى من اعتبار جانب البيع الخ جواب

عن سؤال بان يقال لم يجعل شراء لم يجعل بيع عام أن يبيع المقايضة شراء من وجه فأجاب الخ (قوله لا ينفذ باجزة الوارث في الفصلين) أي فيما إذا كان الثمن عرضاً أو ديناً اه غايه (قوله ثم مات المولى حيث تنتقل الاجازة الى ابنه) أي فان أجاز صح والافلا فهذه فضولية وتوقف عملها على اجازة الوارث اه (قوله بان باعها المولى) أي الامه التي تزوجت بغير اذنه اه (قوله كان الحكم كذلك) أي تنتقل الاجازة الى المشتري (قوله جازعته) قال الكمال كذا في الجامع الصغير ولم يذكر خلاف لكنهم أثبتوا خلافه مع زفر في بطلان العتق وهذه من المسائل التي جرت الخاور في ابن أبي يوسف ومحمد حين عرض عليه هذا الكتاب فقال أبو يوسف ما رويت لك عن أبي حنيفة أن العتق جائز وانما رويت أنا العتق باطل (١٠٦) وقال محمد بل رويت لي أن العتق جائز وأثبت مذهب أبي حنيفة في صحة العتق بهذا

الوكيل بالبيع لانا نقول اطلاق الوكالة بالبيع يتناول البيع والعين والدين فيجوز على اطلاقه في غير موضع التهمة ولومات المسائل لا ينفذ باجزة الوارث في الفصلين لانه يتوقف على اجازة المورث لنفسه فلا ينتقل الى غيره بخلاف الوصي أو الاب اذا توقف على اجازته ما في مال الصغير ثم يبلغ الصغير فانه ينتقل الى الابن لانه لم يتوقف على اجازته من نفسه وانما يتوقف له فينتقل اليه وبخلاف ما اذا تزوجت أمة بغير اذن مولاهما وكان قد وطئها ثم مات المولى حيث تنتقل الاجازة الى ابنه لان عدم الانتقال الى الوارث كان لمعنى وهو حدوث حل بات على موقوف فأبطله وقد عدم ذلك هنا بوطء أبيه فلا يبطل حتى لو قدر في الشراء أيضاً مثل ذلك بان باعها المولى عن لا يحل له وطؤها والنكاح موقوف كان الحكم كذلك ولو أجاز الملك في حياته ولا يعلم حال المبيع جازا لبيع في قول أبي يوسف أو لا وهو قول محمد لان الأصل بقاؤه ثم رجع وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لوقوع الشئ في شرط الاجازة فلا يثبت مع الشئ قال رحمه الله (وصح عتق مشتري من غاصب باجزة بيعه لاي بيعه) معناه لو غصب رجل عبداً وباعه فأعتقه المشتري فأجاز المالك البيع جازعته ولم يبعته المشتري ولكن باعه لم يجر بيعه وهذا عند محمد لا يجوز عتقه أيضاً وهو القياس لانه لم يملكه وقد قال عليه الصلاة والسلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم وهذا لان عقدا الفضولي موقوف على ما بيننا والموقوف لا يفيد الملك اذ لا ينفذ فيه وعند الاجازة ان ثبت الملك بطريق الاستناد فهو ثابت من وجه دون وجه فلا يصلح شرط للاعتاق لان المصحح للاعتاق ملك كامل لما روينا وهذا لانه صلى الله عليه وسلم ذكر فيه المالك مطلقاً والمطلق ينصرف الى الكامل ولهذا لو أعتقه الغاصب ثم أدى الضمان لا يصح العتق مع أن الملك الثابت له بالضمان أقوى من الملك الثابت للمشتري حتى ينفذ بيع الغاصب اذا أدى الضمان ولا ينفذ بيع المشتري اذا أجاز المالك البيع الاول وكذا لو أعتقه المشتري من غاصب ثم باعه ثم أجاز المالك البيع الاول لم ينفذ الثاني مع أن البيع أسرع نفاذا من العتق حتى يصح بيع الكاتب والمأذون له دون عتقههما وكذا لو باع الغاصب المغصوب ثم أدى الضمان نفذ بيعه ولو أعتقه ثم أدى الضمان لا ينفذ عتقه لما ذكرنا وكذا لو باعه الغاصب فأعتقه المشتري منه ثم أدى الغاصب الضمان صح بيع الغاصب وبطل عتقه لما بينا ولهذا ان الملك ثبت موقفاً ينصرف مطلقاً مفيداً للملك بالوضع ولا ضرر فيه على ما مر في توقف الاعتاق مرتباً عليه وينفذ نفاذه وصار كاعتاق المشتري من الراهن فانه يتوقف وينفذ باجزة المرتهن البيع وكاعتاق المشتري من الوارث والتركه مستغرقة بالدين فأجازت الغرماء البيع أو اعتاق الوارث عبداً من التركه وهي مستغرقة بالدين فقطى الدين أو أبرأ الغرماء

لا يجوز انكذب الاصل الفرع صريحاً وأقل ما هنا أن يكون في المسئلة هنا روايتان عن أبي حنيفة قال الحاكم الشهيد قال أبو سليمان ان هذه رواية محمد عن أبي يوسف وشحن سمعنا من أبي يوسف أنه لا يجوز عتقه وسيجيء اه وقوله جازعته أي استحسن اه اه هداية (قوله والمطلق ينصرف الى الكامل) واستوضح على ذلك بفروع أربعة اه (قوله حتى ينفذ بيع الغاصب اذا أدى الضمان) هذا اذا أدى قيمته يوم الغصب أما اذا ضمن قيمته يوم البيع لا ينفذ بيعه اه عادية في آخر أربعة وعشرين (قوله أن البيع أسرع نفاذا من العتق) أي فاذا لم ينفذ بيعه لم ينفذ عتاقه بالطريق الاولى اه (قوله وكذا لو باع) استيضاح بان لكون البيع أسرع نفاذا اه (قوله لا ينفذ عتقه لما ذكرنا) أي

ان البيع أسرع نفاذا اه (قوله وكذا لو باعه الغاصب الخ) قال الكمال وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا أدى منه الغاصب الضمان ولا اطلاق في النكاح الموقوف حتى لو أجزى لا يقع على المرأه وكل من اطلاق والعتق في الحاجة الى الملك على السواء ولذا اذا جعل فضولي أمراً مائة يدها فطلقت نفسها ثم أجاز الزوج لا تطلق بل يثبت التفويض فانطلقت نفسها الآن طلقت والا لا اه (قوله وبطل عتقه) أي بطل عتق المشتري من الغاصب اذا أدى الغاصب الضمان وهذا قول البعض والأصح أن عتقه نافذ اه كما سيجيء بعد أسطر اه (قوله بتصرف مطلق) قال الكمال ومطلق يفتح اللام واحترزه عن البيع بشرط الخيار فخرج جواب قوله لا يصح عتق المشتري والخيار للبائع لان ذلك ليس بتصرف مطلق إذ الخيار يمنع ثبوته في حق الحكم بآنا وموقفاً وقد يقرأ يكسر اللام والفتح أفصح اه (قوله وينفذ باجزة المرتهن البيع) والجامع أن كلا منهما اعتاق في بيع موقوف اه فتح وقوله المرتهن هو الصواب ولكن الذي بخط

الشارح المشتري اه (قوله بخلاف اعتناق الغاصب بنفسه) جواب عن الاول اه (قوله وبخلاف ما اذا كان في البيع الخ) جواب عن الثاني اه (قوله والمشتري من الغاصب الخ) جواب عن الرابع (قوله ثم ملك) أي الغاصب اه (قوله والاصح أنه ينفذ) كذا ذكره هلال الرأي بن يحيى البصري في وقفه وهو من أصحاب أبي يوسف فإنه ذكر فمين غصب أرضا فباعها فوقفها المشتري ثم أدى الغاصب ضمانها حتى ملكها قال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعقوى أولى اه كمال رحمه الله (قوله وانما يبطل بيع المشتري) جواب عن الثالث اه وقوله وانما يبطل بيع المشتري من الغاصب الخ وكذا لو وهبه مولاه للغاصب أو تصدق به عليه أو مات فورثه فهذا كله يبطل الملك الموقوف لانه لا يتصور اجتماع البات مع الموقوف في محل واحد على وجه يطرأ فيه البات (١٠٧) والافقد كان فيه ملك بات وعرض

معه الملك الموقوف اه كمال (قوله لانه لا اجازة ثبت للمشتري) قال الاتقاني رحمه الله ورفق الزاهد العتايي بين اعتناق المشتري من الغاصب حيث ينفذ بالاجازة وبين البيع الثاني حيث لا ينفذ باجازه البيع الاول وقال ان بالعقوى ينتهي الملك والمنتهى مقررحكما وما كان مقرر للشئ كان من حقوقه فبتوقف بتوقفه بخلاف البيع لانه غير مقرر للملك لانه ازاله الملك لانتهاء الملك فلم يكن من حقوقه ولا يتوقف بتوقفه وحقيقة النفع في ذلك أن زوال الملك ضد الملك والشئ لا يتوقف بتوقف ضده أما العتق فقرر للملك ومقرر للشئ جاز أن يتوقف بتوقفه والدليل على الفرق بينهما أن المشتري لو أعتق ثم أطلع على عيب يرجع بنقصان العيب ولو باع ثم أطلع على عيب لا يرجع بنقصان العيب اه (قوله والملك

منه فإنه ينفذ عتقه وهذا لان العتق من حقوق الملك والشئ اذا توقف توقف بحقوقه واذا نفذ نفذ بحقوقه بخلاف اعتناق الغاصب بنفسه لان الغصب لم يوضع لافادة الملك لكونه عذوانا محضاً وانما عتاك ضرورة أداء الضمان لئلا يجتمع البطلان في ملك رجل واحد فلم يكن الغصب مثبتاً للملك في الحال ولا سبباً له ليتوقف هو في توقف العتق بتوقفه حكاه بل هو سبب له ضرورة عند أداء الضمان والعتق وجد قبله وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار البائع لانه ليس بملوك والكلام فيه وشروط الخيار يمنع من انعقاده في حق الحكم أصلاً فكان الملك فيه غير موجود ولو جرد الخيار المانع منه فلم يصادف الاعتناق محله وهو الملك وهنا البيع مطلق والاصل في الاسباب المطلقة أن تعمل في حق الحكم بالاتراخ والتراخي انما ثبت هنا ضرورة دفع الضرر ولا ضرر في توقف الملك والاعتناق فوجب القول باظهار السبب في حقه ونعني بتوقف الملك انه موجود في حق الاحكام التي لا يتضرر الملك بها والمشتري من الغاصب اذا أعتق ثم ملك الغصوب باداء الضمان لا ينفذ اعتناقه عند البعض لان ملك المشتري ثبت بناء على ملك الغاصب وملك الغاصب لا يكتفي بحصة الاعتناق فكذا ما ثبت بناء عليه والاصح انه ينفذ لان ملك المشتري ثبت مطلقاً بسبب مطلق وهو الشراء فاحتمل العتق عند اجازة بخلاف الغاصب لانه ملكه بالغصب وهو سبب ضروري لا مطلق لما مر فكان الملك فيه ناقصاً وانفاص لا يكتفي للاعتناق ويكتفي لجواز البيع ألا ترى ان ملك المالك كان يكتفي لجواز البيع دون العتق وانما يبطل بيع المشتري من الغاصب عند اجازة الغصوب منه البيع الاول لانه بالاجازة ثبت للمشتري الاول وهو البائع الثاني ملك بات فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله لاستحالة اجتماع الملك البات والملك الموقوف في محل واحد ولا يقال لو كان هذا مانعاً ما ثبت الملك الموقوف للمشتري من الفضولي لوجود الملك البات فيه لما ذكره بل كان هذا أولى بالامتناع لان البات فيه موجود عند ثبوت الموقوف فاذا كان يرفعه بعد ثبوته فأولى أن يمنع من الثبوت لان المنع أسهل من الرفع لانا نقول المنع والرفع انما يكونان عند التعارض ولا تعارض ثم لان الملك الموقوف لم يظهر في حق المالك وانما يظهر في حق المتعاقدين لان البيع قائمهم ما اذا أجاز المالك بيع الفضولي فالمالك البات يثبت للفضولي والملك الموقوف ظاهر في حقه لان الفضولي عاقد موقع التعارض فيرفع البات الموقوف ولا يقال ان الغاصب اذا أدى ضمان الغصوب بعد ما باعه ينفذ بيعه وقد طرأ على الملك الموقوف الملك البات لانا نقول ملك الغاصب ثابت ضرورة اذ ليس الغصب بسبب موضوع للملك فلا يجعل ثابتاً في محل ليس فيه ضرورة فلا يظهر في ابطال التوقف وحاصل الخلاف راجع الى أن عند محمد بيع الفضولي لا ينعقد في حق الحكم لانعدام الولاية فكان الاعتناق حاصلاً في ملك الغير وعندهما لا ينعقد في حق الحكم ويوجب الملك على سبيل التوقف لان الاصل في البيع المنعقد تعجيل الحكم

الموقوف في محل واحد) وفي صورة اعتناق المشتري من الغاصب لم يطرأ الملك البات على الملك الموقوف فنفاذ اعتناق المشتري وكان الولاية له اتقاني (قوله لان البات فيه موجود الخ) هذه مغالطة بيانها في العناية اه (قوله ثم) أي في المغالطة المذكورة اه (قوله فاذا أجاز المالك بيع الفضولي) أي بيع الغاصب للفضولي اه (قوله فالمالك البات يثبت للفضولي) وهو المشتري من الغاصب اذ هو فضولي أيضاً لبيعه ملك غيره اه وقوله فالمالك البات الذي يخطه فالمالك الثابت اه (قوله لا ينعقد في حق الحكم) أي وهو الملك اه فتح (قوله وعندهما لا ينعقد في حق الحكم الخ) قال الكمال وبعد فاقدمه القائلة في كلام محمد المصحح للاعتناق الملك الكامل لم يصرح فيها بدفع ويمكن أن يستخرج من الدليل المذكور منع أنه يحتاج الى ملك كامل وقت ثبوته بل وقت نفاذه وهو كذلك اه

(قوله لدفع الضرر) أي عن المالك اه فتح (قوله والضرر في النفاذ) أي لافي توقفه اه فتح (قوله في المتن ولو قطعت يده عند المشتري فأجزأ الخ) علم أن قطع اليد لا يمنع الإجازة لقيام المعقود عليه بخلاف ما إذا مات العبد أو قتل بطلت الإجازة اه (قوله وانما ثبت الملك له ضرورة) أي في المتصل اه اتقاني (قوله لان فيه شبهة عدم الملك الخ) قال الاتقاني رحمه الله فيه نظر لانه اذا كان شبهة العدم اعتبار ينبغي أن يتصدق بجميع الارش لا بالفضل وحده قال خضر الدين قاضيخان فان كان المشتري أعقق العبد فقطعت يده ثم أجاز المولى بيع الغاصب كان الارش للعبد اه (قوله في المتن ولو باع عبد غير بغير أمره) قال الكلال وان وقع في الجامع الصغير فليس من صورة المسئلة باع عبد غيره من رجل فأقام ذلك المشتري بينة على اقرار البائع أنه لم يأمره ماله ببيعه أو أقام على رب العبد ذلك وأراد بذلك رد العبد فان هذه البينة لا تقبل للتناقض على الدعوى اذا الاقدام على الشراء دليل دعواه وأنه عاك ببيعه ودعواه اقراره بعدم الامر تناقضه اذ هو دليل أنه لم يصح ولم يملك البائع البيع وقبول البينة ينبغي على صحة الدعوى حيث لم تصح لم تقبل ولولم تكن بينة بل ادعى البائع بعد البيع أن صاحبه لم يأمره ببيعه (٨٠ + ١) وقال المشتري أمرًا وأدعى عدم الامر فادعى البائع الامر فالقول لمن يدعى الامر لان

والتراخي الى وقت الإجازة لدفع الضرر والضرر في النفاذ لافي ثبوت الملك على وجه لا يظهر أثره في التصرفات الصارة قال رحمه الله (ولو قطعت يده عند المشتري فأجزأ فإرشه لمشتريه) أي لو قطعت يده عند باعه الفضولي ثم أجاز ماله البيع يكون أرش اليد للمشتري لان الملك ثبت له من وقت الشراء فتبين أن القطع ورد على ملكه وعلى هذا كل ما يحدث من المبيع من كسب أو ولد أو عقير قبل الإجازة فهو للمشتري لما ذكرنا وهو حجة على محمد والعذر له ان الملك من وجهه يكفي لاستحقاق الزوائد كالمكاتب اذا قطعت يده فأخذ الارش ثم رد في الرق يكون الارش للمولى وكذا اذا قطعت يد المبيع واخيار البائع فأجاز البيع يكون الارش للمشتري لما ذكرنا من استناد ملكه بخلاف الاعتناق لافتقاره الى الملك الكامل ومع اخيار البائع لا يثبت الملك للمشتري وبخلاف ما اذا غصب عبد اذ قطعت يده عنده ثم ضمن قيمته حيث لا يكون الارش له لان الغصب ليس بسبب موضوع للملك وانما يثبت الملك له ضرورة على ما بينا فلا يظهر في حق استحقاق الزوائد قال رحمه الله (وتصدق بما زاد على نصف الثمن) لان فيه شبهة عدم الملك لانه غير موجود حقيقة وقت القطع وانما ثبت بطريق الاستناد فكان ثابتا من وجهه دون وجه ولانه ان كان قبل القبض لم يدخل في ضمانه فيكون ربح مالم يضمن ويطيب له قدر نصف الثمن لان ارش اليد قام مقام نصف الثمن وهذا لان ارش اليد الواحدة في الحر نصف الدية وفي العبد نصف القيمة والذي دخل في ضمانه ما هو كائن بمقابلة الثمن فإذا ادعى نصف الثمن يكون ربح مالم يضمن أو فيه شبهة عدم الملك لان الملك لا يثبت له يوم قطع اليد حقيقة قال رحمه الله (ولو باع عبد غيره بغير أمره فبرهن المشتري على اقرار البائع أو رب العبد أنه لم يأمره بالبيع وأراد رد البائع لم يقبل البطلان دعواه بالتناقض اذا قدمها على العقد وهما معا فلان اعتراف منهما بحجته ونفاذه لان الظاهر من حال العاقل المسلم مباشرة العقد الصحيح النافذ والبيئة لا تنبئ الاعلى دعوى صحيحة فاذا بطلت الدعوى لا تقبل وهذا يشكل بما ذكر في الزيادات أن المبيع اذا ادعاه رجل فصدة المشتري في دعواه فأخذه المستحق باقراره ثم أقام المشتري البينة على اقرار البائع بأن العبد للمستحق يريد بذلك أن يثبت له حق الرجوع بالثمن تقبل بينته وقرقوا بينهما

الاخر من ناقض اذا قدمه على البيع أو الشراء دليل اعترافه بالصحة وقد ناقض بدعواه عدم الامر بخلاف الاخر ولذا ليس له أن يستحلفه لان الاستحلاف يترقب على الدعوى الصحيحة لا الباطلة ذكره في شرح الزيادات اه (قوله فبرهن المشتري) أي أقام بينة اه ع (قوله أو رب العبد) أي أو برهن المشتري على اقرار رب العبد أنه لم يأمر البائع بالبيع اه (قوله وهذا يشكل بما ذكر في الزيادات الخ) صورة مسألة الزيادات اشترى جارية وقبضها ونقد الثمن ثم ادعاهما مستحق كان المشتري خصما لانه يدعي لنفسه فان أقربهما للأدعى أمر بتسليمها ولا يرجع بالثمن على بائعه لان اقراره به لا يكون حجة على البائع وكذا لو جحد دعواه خلف فنكح ففضى عليه بالنكول لان

بأن نسكوله ليس حجة على غيره لانه كإقراره اه فتح (قوله وقرقوا بينهما الخ) قال الاتقاني رحمه الله أي فرق المشايخين روايتي الجامع الصغير والزيادات فقالوا ان العبد في مسألة الجامع الصغير في يد المشتري فلم تسمع البينة على الاقرار من البائع أو من رب العبد أن البيع كان بغير أمر لان المقصود منه الرجوع بالثمن وشرط الرجوع عدم سلامة العين للمشتري والعين سالمة له لانها في يده وفي مسألة الزيادات العبد في يد المستحق فوجد شرط الرجوع فقبلت البينة ولنا في هذا الفرق نظر لان وضع المسئلة في الزيادات أيضا في أن العبد في يد المشتري ولئن سلمنا أن العبد في يد المستحق فلا نسلم أن البينة تقبل حينئذ لان التناقض في الدعوى موجود لا محالة كما بينا ومبنى البينة على صحة الدعوى فلم تصح فلا تصح البينة والاولى أن يقال ان المشتري أقام البينة على اقرار البائع أو رب العبد قبل البيع في مسألة الجامع الصغير فلهذا لم تقبل البينة للتناقض وفي مسألة الزيادات أقام البينة على الاقرار بعد البيع فلم يلزم التناقض وهذا محمل صحيح ولهذا لم يقبل البينة في الزيادات أيضا في آخر الكتاب في الباب الذي يبقى بعده باب الى تمام الكتاب على ترتيب محمد حيث قال رجل باع شيا رجل من رجل

ثم قال البائع ان صاحبه لم يأمر في به وقال المشتري بل أمر به فان القول قول الذي يدعي الامر لان المعاقدة بينهما دليل على نفاذه وصحته
 فاذا ادعى أحدهما خلاف ذلك بطل للتناقض ولا نهى في نقض ما أوجب فبطل فان أراد المدعي منهما الفسخ بان يقيم البينة على اقرار
 صاحبه أن صاحب المال لم يأمر بالبيع أو أراد عين صاحبه على ذلك لم يكن له شيء من ذلك لان الدعوى بطلت لما قلناه فبطل ما يبتنى على
 ذلك اهـ وقول الشارح رحمه الله وفرقوا بينهما الخ هذا الفرق ذكره في الهداية واقتصر عليه قال الكمال وهذا هو الفرق المصنف وهو
 منظور فيه بان وضع مسألة الزيادات أيضا في أن الجارية في يد المشتري كما أسمعتك والاولى ما ذكر في الفوائد الظهيرية عن بعض المشايخ
 أن مسألة الجامع محمولة على أن المشتري أقام البينة على اقرار البائع قبل البيع أما إذا أقامها على اقراره بعد البيع أن رب العبد لم يأمره
 بالبيع فتقبل لان اقدام المشتري على الشراء يناقض دعواه اقرار البائع بعد الامر قبل البيع ولا يناقض دعواه اقراره بعدم الامر بعد
 البيع قال ومسألة الزيادات محمولة على هذا أيضا فتقع الغنية عن التفرقة بين المسئلتين اهـ وقيل مسألة الجامع محمولة على اقرار البائع
 أو رب العبد قبل البيع فلم تقبل للتناقض والزيادات على الاقرار بعد البيع فلم يلزم (٩٠)

بأن العبد في يد المشتري في المسألة الاولى وفي مسألة الزيادات في يد المشتري وشرط الرجوع بالثمن
 أن لا تكون العين سالمة للمشتري فلذلك لم يرجع في مسألة الكتاب ورجع في مسألة الزيادات وقيل
 اختلف الجواب لاختلاف الوضع فوضع ما ذكرهنا فيما إذا أقام البينة على أن البائع أقر قبل
 البيع بأن المبيع للمشتري وقدمه على الشراء يبنى ذلك فيكون متناقضا فلا تقبل بينته وموضوع
 ما ذكر في الزيادات فيما إذا أقام البينة على أن البائع أقر بعد البيع أنه للمشتري فلا يصير متناقضا فتقبل
 بينته قوله (ولو أقر البائع بذلك) في مسألة الكتاب (عند القاضي) بان رب العبد لم يأمره بالبيع (بطل
 البيع ان طلب المشتري ذلك) لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار لعدم التهمة فلم يشتري أن يساعده فيه
 فيتحقق الاتفاق بينهما فينتقض في حقهما لافي حق رب العبدان كذب ما وادعى انه كان أمره فاذا لم
 ينفسخ في حقه بطلب البائع بالثمن عندهما لانه وكيله وليس له أن يطلب المشتري لانه يرى بالتصادق
 وعند أبي يوسف له أن يطلبه فاذا اتى رجع به على البائع وهذا بناء على أن ابراء الوكيل المشتري
 عن الثمن صحيح عندهما ويضمن للوكيل وعنده لا يصح ولو كان بالعكس بأن أنكر المالك التوكيل
 وتصادق أنه وكله فان أقام الوكيل البينة لزمه والاستحلف المالك فان حلف لم يلزمه وان نكل لزمه
 لان التمسك كالقرار ولو غاب المالك بعد الانكار وطالب البائع الفسخ فسحق القاضي البيع بينهما لانه
 ثبت عند القاضي أن البيع كان موقوفا فان طلب المشتري تأخير الفسخ ليحلف المالك انه لم يأمره
 لم يؤخر لان سبب الفسخ قد تحقق فلا يجوز تأخيره لاجل اليمين فلو حضر المالك وحلف أخذ العبد وان
 نكل عاد البيع ولو كان المالك حاضرا وغاب المشتري لم يأخذ العبد لان البيع صح ظاهر فلا يصح
 القضاء على الغائب بفسخه والبائع أن يحلف رب العبد انه ما أمره ببيعه فان نكل ثبت أمره وان حلف
 ضمن البائع ونفذ بيعه كالغاصب اذا باع المغصوب ثم ملكه باداء الضمان ولومات المالك قبل حضوره
 فورثه البائع وأقام بينة على اقرار المالك بأنه لم يأمره لم تقبل لما يبين من التناقض ولو أقامها على اقرار
 مشتريه بذلك بعد موته تقبل بخلاف ما إذا أقامها على هذا الوجه حال حياة المالك فانها لا تقبل لانه

المشتري حتى يكون نقضا باتفاقهما لا بمجرد اقرار البائع والمراد من فسخ القاضي أنه عصى اقرارهما أما أن الفسخ يتوقف على القضاء فلا
 اهـ (قوله لا يمنع صحة الاقرار لعدم التهمة الخ) فان من أنكر شيئا ثم أقر به صح اقراره بخلاف الدعوى اهـ (قوله فلما يشتري أن يساعده)
 أي يوافق فيه اهـ (قوله فيتحقق) أي بطلان البيع اهـ ع (قوله فينتقض في حقهما لافي حق رب العبدان كذبهما) قال الكمال
 وفروعها أن صاحب العبد لو حضر وصدهما نفذ الفسخ في حقه وتقرر وان كذبهما وقال كنت أمرته كان القول قوله لما ذكرنا أن
 إقدامهما اقرار منهما بالامر فلا يعمل رجوعهما في حقه ويغرم البائع الثمن له ويكون المبيع للبائع لانه ويطلب عن المشتري الثمن للامر
 في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يبنى في ذمة المشتري لا امر ورجع المشتري على البائع مثل الثمن بناء على أن الوكيل بالبيع
 علك ابراء المشتري عن الثمن عند أبي حنيفة ومحمد ويملك الاقالة بغير رضا الامر وعلى قول أبي يوسف لا يملك اهـ (قوله لانه يرى بالتصادق)
 فيه اشكال حيث اعتبر فيه الاقرار على الغير اهـ وفرع ذكره الشارح رحمه الله في كتاب الدعوى فضولي باع عبد الغير من رجل
 وفضولي آخر باع نصفه من آخر فأجاز المولى البيعين اهـ فليراجع عند قوله دار في يد آخر ادعى رجل نصفها وآخر كلها اهـ

(قوله ولو غاب وكيله) أي بوكيل الأمر فهو من إضافة المصدر إلى مفعوله أي بوكيل رب العبد بئنه أي لغائب بوكيل رب العبد بئنه
 ١٥ (قوله في المتن ومن باع دار غيره) أي عرصة غيره بغير أمره اه فتح (قوله لم يضمن البائع الدار) أي عند أبي حنيفة إن أقر بالغصب
 منه وهو قول أبي يوسف آخره وكان يقول ولا يضمن وهو قول محمد وهو مسئلة غصب العقار هل يتحقق أو لا عند أبي حنيفة لا وعند
 محمد نعم فيضمن اه كمال قوله وعند محمد نعم نفسه إذا غصب دارا فأنه دمت أو أرضا فأنه تقضت وسيجي بيان الخلاف في غصب
 العقار في الغصب اه اتقاني

باب السلم

لمافرغ من بيان أنواع البيوع التي لا يشترط فيها القبض لا في العوضين ولا في أحدهما شرع في بيان ما يشترط فيه القبض وهو السلم
 والصرف لان السلم يشترط فيه قبض (١١٠) أحد العوضين في المجلس وقدم السلم على الصرف لان الشرط في السلم قبض

أحد العوضين في المجلس وفي الصرف قبض ما والتحق يكون أبدا من الأدنى إلى الأعلى قال صاحب التحفة البيع أربعة أنواع أحدها بيع العين بالعين كببيع السلع بأنواعها نحو بيع الثوب بالثوب وغيره ويسمى هذا بيع المقايضة والثاني بيع العين بالدين نحو بيع السلع بالائتمان المطلقة وبيعها بالفكوس الرائجة والمكيل والموزون والمعدود المتقارب دينا والثالث بيع الدين بالدين وهو بيع الثمن المطلق بالثمن المطلق وهو الدراهم والدنانير وأنه يسمى عقد الصرف يعرف في كتابه إن شاء الله تعالى والرابع بيع الدين بالعين وهو السلم فإن السلم فيه مبيع وهو دين ورأس المال قد يكون عيناً وقد

في حال حياته أصل فيه فيمنع بالتناقص وبعد موته نائب عن الميت والميت لو ادعى بنفسه حال حياته لا يكون مناقضا فكذلك نائبه ولو ورثه البائع وغيره فان ادعى غيره بجوهر المالك تسمع لانه لم يسبق منه ما يجعل مناقضا بخلاف شركه البائع حيث يكون مناقضا ولشتره أن يحلفه بالله ما يعلم أن المولى أمره ببيعه فان نكل ثبت الأمر وان حلف أخذ نصف العبد ورجع المشتري على البائع بنصف الثمن وخير في النصف الآخر انفرق الصفقة عليه وهذا إذا أقر المشتري بأن العبد ملك الأمر ولو أنكر الخاقول الأمر حتى يقيم البينة على ملكه ولو غاب وكيله بئنه في خصومته كيلا يصير البائع ساعيا في نقض ما أوجبه قال رحمه الله (ومن باع دار غيره فأدخلها المشتري في بناءه لم يضمن البائع) ومعنى المسئلة إذا باع دار غيره بغير إذنه ثم اعترف البائع بالغصب وأنكر المشتري لم يضمن البائع الدار لان أقرار البائع لا يصدق على المشتري ولا بد من إقامة البينة حتى يأخذها فإذا لم يقيم المستحق وهو صاحب الدار البينة كان التلف مضاعفا إلى عجزه عن إقامة البينة لا إلى عقد البائع لان الغاصب لا يجوز بيعه فعلى هذا التقدير يعلم ان قوله فأدخلها المشتري في بناءه وقع اتفاقا إذا لا تأثيرا لدخال في البناء في ذلك

باب السلم

وهو معنى السلم لغة فانه أخذ عاجل بأجل وسمى هذا العقد به لكونه مجعلا على وقته فان أوان البيع بعد وجود المعقود عليه في ملك العاقد والسلم يكون عادة عابدا ليس عوجود في ملكه فيكون العقد مجعلا وينعقد بلفظ السلم ولا ينعقد بلفظ البيع في رواية الجرد لانه ورد بلفظ السلم على خلاف القياس فلا يجوز غيره وفي رواية الحسن ينعقد وهو الأصح لانه بيع ألا ترى إلى ما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم وهو مشروع بالكتاب والسنة وإجماع الأمة قال ابن عباس رضي الله عنهما ما شهد أن الله أحل السلم المؤجل وأُتزل فيه أطول آية وتلا قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه وقد روي أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم والقياس يأبى جوازها لان المسلم فيه مبيع وهو معدوم وبيع موجود غير مملوك أو مملوك غير مقدور التسليم لا يجوز فبيع المعدوم أولى أن لا يجوز ولكن تركناه بما ذكرنا قال رحمه الله

يكون ديناً ولكن قبضه شرط قبل افتراق العاقدين بأنفسهما فيصير عينا اه اتقاني قال الكمال وخص باسم السلم (ما أمكن لي تحقيق إيجاب التسليم شرعا فيصدق عليه أعني تسليم رأس المال وكن على هذا تسمية الصرف بالسلم أليق لكن لما كان وجود السلم في زمنه صلى الله عليه وسلم هو الظاهر العام في الناس سبق الاسم له اه وقال صاحب التحفة في السلم هو عقد ثبتت الملك في الثمن عاجلا وفي الثمن أجل يسمى سلما أو سلما وسلفا أو سلما فالماضي من تسليم رأس المال في الحال وفي عرف الشرع عبارة عن هذا أيضا مع زيادة شرائط ورد الشرع به لم يعرفها أهل اللغة فعن هذا عرفت فساد ما قيل في بعض الشروح ان السلم أخذ عاجل بأجل لان السلعة إذا بيعت بثمن مؤجل يوجد هذا المعنى وليس بسلم ولو قيل بيع أجل بعاجل لم يرد الاعتراض وركن السلم الإيجاب والقبول بان قال رجل لا آخر أسلمت إليك عشرة دراهم في كرخطة أو قال أسلفت وقال الآخرفلت وسمى صاحب الدراهم رب السلم والمسلم أيضا وسمى الآخر المسلم اليه اه اتقاني رحمه الله (قوله إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى) والمعنى إذا تداينتم بدين مؤجل فاكتبوه وفائدة قوله مسمى

ليعلم أن من حق الأجل أن يكون معلوما اه اتقاني (قوله لا يجوز السلم فيه لانه) أي المسلم فيه اه (قوله في المتن المثن) المثن صفة لقوله والموزون فقط اه (قوله حتى لو أسلم فيه ما لا يصح سلما) أي بالاتفاق لان المسلم فيه لا بد أن يكون ممتنا والنقد أو أثمان فلا تكون معلوما اه كمال (قوله وقال الاعمش الخ) واعلم أن ما قاله أبو بكر الاعمش اختاره الكمال في الفتح قال وهو عندى أدخل في الفقه وعلمه فليتنظر ثمة اه (قوله وانما يصح العقد في محل أو جبا) أي أو جبا المتعاقدان العقد اه (١١١) (قوله وهذا الخلاف فيما إذا أسلم

فيهما) أي في الدراهم والدينارين اه (قوله روى الطحاوى عن أصحابنا أنه يجوز) وعليه الفتوى لتعامل الناس اه خان (قوله في المتن والعديد المتقارب كالجوز الخ) قال في شرح الجامع الصغير لقاضيخان أما السلم في الباذنجان عدد الميز كرمحمد وذ كراشمس السرخسى أنه يجوز وألفقه بالجوز والبيض هذا لفظه اه اتقاني (قوله لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت) أي فلا ترى جورة بفلس وجورة بفلسين بخلاف البطيخ فانك ترى بطيخة بدرهم وأخرى بفلس اه (قوله بخلاف البطيخ والزمان) قال الاتقاني وأما العددي المتفاوت وتفسيره ما نقل عن ابن يوسف ما اختلفت أحاده في القيمة وانفقت أجناسه فلا يجوز السلم فيه وذلك كالفز والجواهر والألآلى والادم والجازد والخشب والرؤس والأكارع والرمان والبطيخ والسفرجل ونحوها إلا إذا بين من جنس الخلود والادم والخشب

(ما أمكن ضبط صفته ومعرفة قدره صح السلم فيه) لأنه لا يفتى في المنازعة وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أسلم في عرف فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم رواه مسلم والبخارى والضبط يكون معرفة قدره وقد شرطه عليه السلام قال رحمه الله (وما لا فلا) أي ما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه لانه دين وهو لا يعرف الا بالوصف فاذا لم يكن ضبطه به يكون مجهولا جهالة تقضى الى المنازعة فلا يجوز كسائر الديون قال رحمه الله (فيصح في الكيل والموزون المثن) لما روينا وما يبينان المعنى واحترز بقوله المثن من الدراهم والدينارين لانهما أثمان وليس أثمان حتى لو أسلم فيهما ما لا يصح سلما لان السلم تعجيل الثمن وتأجيل المبيع ولو جاز فيه لانه لا ينعكس فاذا لم يقع سلما يكون باطلا عند عيسى بن أبان وقال الاعمش يكون بينهما ثمن مؤجل تحصيله المقصود المتعاقدين بحسب الامكان والعبارة في العقود للعاني وقول عيسى أصح لان المعقود عليه في السلم المسلم فيه وانما يصح العقد في محل أو جبا العقد فيه وذلك غير ممكن ولا وجه الى تعميده في محل آخر لانهم لم يوجبوا العقد فيه وهذا الخلاف فيما إذا أسلم فيهما غير الأثمان وأما إذا أسلم الأثمان فيهما كالدرهم في الدينارين أو بالعكس فلا يجوز بالاجتماع لما عرف أن القدر بانصراده يحترم النسب ولو أسلم في الكيل والوزن انما يشترط ليصير معلوما القدر لا اتقن الربا لانه لا يقابل بحسبه لان المؤدى عين الواجب حكما في باب السلم فيكون بدلا عن رأس المال ولا يباينهما وروى الحسن عن أصحابنا انه لا يجوز لان المسلم فيه دين في الذمة والمؤدى عين والعين غير الدين حقيقة فيكون المؤدى بدلا عن الواجب في الذمة حقيقة وان كان عينه حكما فيكون مشتريا بالخطئة بالخطئة فلا يجوز الا كيلا وعلى هذا الخلاف لو أسلم في الموزون كيلا قال رحمه الله (والعددي المتقارب كالجوز والبيض) لانه معلوم مضبوط مقدور التسليم فأشبهه الكيل والموزون ويستوى فيه الكبير والصغير لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت ولهذا اتسمت قيمته ما فصار بذلك من ذوات الامثال بخلاف البطيخ والرمان لان أحادهما متفاوتة ولهذا اختلفت في القيمة وهم يعرف التفاوت والتساوى وعن أبي خنيفة انه لا يجوز في بيض النعامة لتفاوت أحاده في المالية ويجوز السلم في هذه الاشياء كيلا أيضا وقال زفر رحمه الله لا يصح كيلا لانه عددي ليس بكيل فلا يصح اذا اعتبر فيما لا نص فيه العادة وعندها لا يصح عددا أيضا لانه يؤدى الى النزاع في التسليم والتسلم بسبب التفاوت وان كان يسيرا قصارا كالسفرجل والقضاء ولنا ان المقدار يعرف بالكيل تارة وبالعدا أخرى فتستقطع المنازعة بينهما ما ذكر أحدهما أي ما كان اذا كان يعرف قدره بهما قال رحمه الله (والفلس) لانه عددي يمكن ضبطه فيصح السلم فيه وقيل عند محمد لا يجوز السلم فيه لانه ثمن مادام يروج والسلم فيه مبيع فلا يصح فيه كالتقدين واذا كسد صار قطعة نحاس فلا يجوز السلم فيه عددا ولنا ما ذكرنا انه يمكن ضبطه به فيصح كسائر المعقودات وهذه المسئلة مبنية على أن اصطلاح الناس على التسمية لا يبطل باصطلاحهم ما عنده وعندهم ما يبطل على ما ذكرنا في بيع الفلس بالفلسين وذكرنا الفرق هناك بين الفلس والنقدين قال رحمه الله (والابن والاجر ان سمي مملين معلوم) لان أحادهما لا تختلف اختلافا يفتى الى المنازعة بعد ذكر الآلة قال رحمه الله (والذرى كالنوب

والجذوع شيا معلوما وطولا معلوما وغلظا معلوما وأنى بجميع شرائط السلم والتحقيق بالتقارب يجوز اه قال في الظهيرية ولا يجوز فيها لامثل له كالحيوان والعدديات المتفاوتة الا في الثياب خاصة اه (قوله وعن أبي خنيفة انه لا يجوز في بيض النعامة) قال الاتقاني ثم عندنا يجوز السلم في بيض النعامة أيضا في ظاهر الرواية لانه معلوم مضبوط اه (قوله في المتن والذرى كالنوب الخ) قال الاتقاني وأما الذرى فيجوز السلم فيه كالثياب والبسط والبوارى ونحوها إذا بين الطول والعرض والصفة والنوع قال في الايضاح والقياس أن لا يجوز السلم في الثياب

لأنه المست من ذوات الامثال ألا ترى أنه لا يضمن مستمكها المثل وانما جوزناه استحسانا لأن الثياب مصنوعة العبد والعبد يصنع بآلة
 فإذا اتحد الصانع والآلة يتحد المصنوع فلا يبقى بعد ذلك الا قليل تفاوت وقد يمتثل قليل التفاوت في المعاملات ولا يتحمل في الاستهلاكات
 ألا ترى أن الابلو باع بعين يسير كان متجملًا ولو استهلك شيئًا يسيرًا وجب عليه الضمان اهـ (قوله في المتن ان بين الذراع) أي بعدد كرا الجنس
 والنوع اهـ (قوله والصفة) أي بانه فطن أو كان أو من كب منهما وهو الذي يسمى ملحما اهـ (قوله والصنعة) أي بانه عمل الشأم أو الروم
 أو نحوهما اهـ (قوله وان كان ثوب حريري باع بالوزن) قال في الايضاح ويحتاج الى بيان الوزن في ثياب الحرير والديباغ اذا كان يبقى
 التفاوت بعدد كرا الطول والعرض لانها (١١٣) تختلف باختلاف الوزن فان الديباغ كلما ثقل وزنه ازدادت قيمته والحرير كلما خف

وزنه ازدادت قيمته فلا بد من
 بيانه اهـ (قوله لا بد من بيان
 وزنه) قال ظهير الدين اسحق
 الولولجي في فتاواه ولوعين
 الذرعان ولم يعين بالوزن هل
 يجوز السلم في الحرير يختلف
 المشايخ فيه منهم من قال ليس
 بشرط ومنهم من قال يشترط
 والله مال الشيخ الامام شمس
 الأئمة أبو بكر محمد بن أبي
 سهل السرخسي وهو الصحيح
 بخلاف سائر الثياب فانه
 لا يشترط فيها الوزن مع الذرع
 لان الحرير يختلف باختلاف
 الوزن كما يختلف باختلاف
 الطول والعرض ولا كذلك
 الكرباس اهـ اتقاني (قوله
 في المتن لا في الحيوان) قال
 الاتقاني اعلم أن السلم باطل
 في الحيوان عندنا اهـ وقالت
 الثلاثة يجوز اهـ عيني
 (قوله فاذا اتحدت الآلة
 والصانع يتحد المصنوع) أي
 وليس الحيوان كذلك لان
 ما يحدث فيه يحدث باحداث
 الله من غير صنع العباد بلا
 آلة ولا مثال فظهر الفرق

إن بين الذراع والصفة والصنعة) لانه يصير معلوما بذ كرهذه الاشياء فلا يؤدي الى النزاع وان كان ثوب
 حريري باع بالوزن لا بد من بيان وزنه مع ذلك لانه يصير معلوما به قال رحمه الله (لا في الحيوان) وقال
 الشافعي رحمه الله يجوز السلم فيه اذا بين الجنس والسن والنوع والصفة لما روى انه عليه السلام
 استقرض بكرًا ورد رباعيا ولان بعد بيان ما ذكرنا من الاوصاف الجهالة تقل فلا تنقضي الى المنازعة كما
 في الثياب ولما روى انه عليه السلام نهى عن السلم في الحيوان ولانه تتفاوت احواله تفاوتًا فاحشًا بحيث
 لا يمكن ضبطه ألا ترى ان العبد ينسويان في الجنس والسن وتفاوت قيمتهما لا اختلاف المعاني الباطنة
 كالنكاسة وحسن الخلق والخلق والسيرة والقصاحة والامانة والسدة قال فائدهم
 ألابر فرد يعدل الالف زائدا * وألف تراهم لا يساوون واحدا
 وكذا سائر الحيوان يختلف اختلافًا يؤدي الى اختلاف المالمية فلا يجوز السلم فيه كافي الخلفات
 والجواهر بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد والعبد انما يصنع بآلة فان اتحدت الآلة والصانع يتحد
 المصنوع والتفاوت اليسير بعده لا يضر وما روى انه عليه السلام استقرض بكرًا ورد رباعيا فاما رادبته انه
 عليه السلام استعمل في الصدقة ثم لم تجب الزكاة على صاحبها فإرداه رباعيا أو استقرض لبنت المال لانه
 يجوز أن يثبت حق مجهول على بيت المال كما يجب له حق مجهول وما روى انه عليه السلام اشترى بعيرا
 يعبرين الى أجل كان قبل نزول آية الرابا لان الجنس بانفراده يحرم النساء أو كان ذلك في دار الحرب اذا
 لا يجري الربا بين المسلم والحربي في دار الحرب على ما بينا من قبل ويدخل فيه جميع أنواع الحيوانات حتى
 العصافير لان النص لم يفصل قال رحمه الله (وأطرافه) يعني لا يجوز السلم في أطراف الحيوان كالرأس
 والاكارع للتفاوت الفاحش وعدم الضابط ثم قيل هذا قول أبي حنيفة وعندهما يجوز كافي اللحم وقيل
 لا يجوز بالاتفاق والفرق لهما بينهما وبين اللحم أن المسلم فيه هو اللحم دون العظم والعظم في الرأس وفي
 الاكارع أكثر من اللحم أو مساو له فلا يمكن أن يجعل تبع اللحم فبق معتبرا ولا يدرى قدره فيه فيقدر المسلم
 فيه وهو اللحم مجهولا وأما العظم الذي في اللحم فقليل فأمكن جعله تبع اللحم لقلته كافي عظم الآلية ولو
 أسلم فيه وزنا مختلفا فيه قال رحمه الله (والجلود عدد) أي لا يجوز السلم فيه وكذا في الورق لا يجوز
 للتفاوت الفاحش فيه ما الآن بين فيه ما ضرر بالعلوم وطولا وعرضا وصفة معلومة من الجودة والرداءة
 فحينئذ يجوز السلم فيه ما لا يمكن ضبطهما وكذا اذا كانا باعانا وزنا يجوز السلم فيه ما بالوزن قال رحمه الله
 (والخطب حرما والرطبة جزا) لانه مجهول لا يعرف طوله وغضه حتى لو عرف ذلك بأن بين الجبل الذي
 يشد به الخطب والرطبة وبين طوله وضبط ذلك بحيث لا يؤدي الى النزاع جاز قال رحمه الله (والجواهر
 والحرير) لان احوالهما متفاوتة تفاوتًا فاحشًا وفي صغار التؤلؤ التي تباع وزنا يجوز السلم فيها بالوزن لانه

وزنه ازدادت قيمته فلا بد من
 بيانه اهـ (قوله لا بد من بيان
 وزنه) قال ظهير الدين اسحق
 الولولجي في فتاواه ولوعين
 الذرعان ولم يعين بالوزن هل
 يجوز السلم في الحرير يختلف
 المشايخ فيه منهم من قال ليس
 بشرط ومنهم من قال يشترط
 والله مال الشيخ الامام شمس
 الأئمة أبو بكر محمد بن أبي
 سهل السرخسي وهو الصحيح
 بخلاف سائر الثياب فانه
 لا يشترط فيها الوزن مع الذرع
 لان الحرير يختلف باختلاف
 الوزن كما يختلف باختلاف
 الطول والعرض ولا كذلك
 الكرباس اهـ اتقاني (قوله
 في المتن لا في الحيوان) قال
 الاتقاني اعلم أن السلم باطل
 في الحيوان عندنا اهـ وقالت
 الثلاثة يجوز اهـ عيني
 (قوله فاذا اتحدت الآلة
 والصانع يتحد المصنوع) أي
 وليس الحيوان كذلك لان
 ما يحدث فيه يحدث باحداث
 الله من غير صنع العباد بلا
 آلة ولا مثال فظهر الفرق

اه اتقاني (قوله وما روى انه عليه الصلاة والسلام اشترى بعيرا يعبرين الخ) فان قلت قد حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم
 في الدية بعمامة من الابل وفي الجنين بغرة عبد أو أمة فثبت أن الحيوان يثبت في الذمة قلت قد حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم أيضا أن
 بيع الحيوان بالحيوان لا يجوز نسيتة فعلم أن الحيوان لا يثبت في الذمة فلما ورد أصلان متعارضان وفقنا بينهما فقلنا ان ما كان بدلا عن
 مال لا يثبت الحيوان فيه دينا في الذمة كالسلم قياسا على بيع الحيوان بالحيوان نسيتة وما لا يكون بدلا عن مال يثبت الحيوان فيه دينا في
 الذمة كالترويج أو الخلع على عبد أو أمة وسط قياسا على ابل الدية وغرة الجنين اه اتقاني (قوله في المتن والخطب حرما والرطبة جزا
 الخ) ونقل في الخلاصة عن شرح الشافعي فقال ولا بأس بالسلم في القم وزنا اه اتقاني (قوله في المتن والجواهر والحرير الخ) والاصل أن كل

معدود متفاوت آحاده في المالية لا يجوز السلم فيه كالبطيخ والرمان والجواهر والادوية بهذه المثابة لانك ترى بين أولئتين تفاوتاً فاحشاً في المالية وان كان بينهما اتفاق في العدد والوزن اه اتقاني (قوله الى حين المحل) والمحل بكسر الحاء مصدر قولك حل الدين اه غاية (قوله في المتن والسهم الخ) وفي شرح الطحاوي السلم في السهم لا يخلو اما ان يكون طرياً (١١٣) أو مالحاً ولا يخلو اما ان يسلم فيه عدداً

أو وزناً فان أسلم فيه عدداً طرياً كان أو مالحاً لا يجوز لانه متفاوت وان أسلم فيه وزناً فانه يتطران كان مملوحاً يجوز وان كان طرياً ان كان العقد في حينه والأجل في حينه ولا ينقطع فيما بين ذلك فانه يجوز والا فلا اه عني (قوله وقال لا يجوز) قال الاتقاني فعندهما يجوز السلم في اللحم اذا بين الجنس بأن قال لحم شاة والسن بأن قال نبي والنوع بأن قال ذكر والصفة بأن قال سمين والموضع بأن قال من الجنب والقدر بأن قال عشرة أمعاء اه (قوله ولهذا يضمن بالمثل عند الاتلاف) يعني ان غاصب اللحم اذا أنلفه يضمن المثل وزناً اه (قوله بخلاف لحم الطيور) أي فانه لا يجوز السلم فيه اه اتقاني (قوله فانه لا يقدر على وصف موضع منه) أي لقلة لحمه اه غاية (قوله وتضمنه غير مقصود) أي تضمن اللحم شيئاً غير مقصود وهو جواب عن شيء يرد وهو قوله ولانه يتضمن عظماً اه قال الاتقاني رحمه الله ولا يبي حنيفة رحمه الله وجهان أحدهما أنه يختلف بقلة

مما يباع بالوزن فأمكن معرفة قدره قال رحمه الله (والمنقطع) أي لا يجوز السلم في الشيء المنقطع لان شرط جوازها أن يكون موجوداً من حين العقد الى حين المحل حتى لو كان منقطعاً عند العقد موجوداً عند المحل أو بالعكس أو منقطعاً فيما بين ذلك لا يجوز وخذ الانقطاع أن لا يوجد في الاسواق وان كان في البيوت وقال الشافعي رحمه الله يجوز في المنقطع اذا كان موجوداً عند المحل لوجود القدرة عند وجوده ولا معنى لاشتراطه قبل ذلك ولنا ما روى عن أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمرة حتى ترثي قالوا وما ترثي قال نعم ترثي اذا منع الله الثمرة فبم يستحل أحدكم مال أخيه رواه مسلم والبخاري وعن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها نهى البائع والمبتاع رواه مسلم والبخاري وجماعة أخر في لفظ حتى تبيض وتأمّن من العاهة وهذا نص على انه لا يجوز في المنقطع في الحال اذا الحديث ورد في السلم لان بيع الثمار بشرط القطع جائز لا يمنع أحد بيع مال معين منتفع به في الحال أو في المال وقوله عليه السلام فيم يستحل أحدكم مال أخيه وهو رأس مال السلم يدل عليه لان احتمال بطلان البيع به لانه المبيع قبل القبض لا يؤثر في المنع من البيع ولان القدرة على التسليم حال وجوبه بشرط جوازها وفي كل وقت بعد العقد يحتمل وجوبه بموت المسلم اليه لان الدينون تحمل عبوت من عليه الدين فيشترط دوام وجوده لتدوم القدرة على التسليم لان جوازها على خلاف القياس فيجب الاحتراز فيه عن كل خطر يمكن وقوعه لان المحتمل في باب السلم كالواقع ولان القدرة على التسليم بالتحصيل في المدة ولا بد من استمرار الوجود فيها فيتمكن من التحصيل ولو انقطع عن أيدي الناس بعد المحل قبل أن يوفي المسلم فيه فرب السلم بالخيار ان شاء فسخ العقد وأخذ رأس ماله وان شاء انتظر وجوده وقال زفر رحمه الله يبطل العقد ويسترد رأس ماله للمعجز عن تسليمه كما اذا هلك المبيع قبل القبض قلنا ان السلم قد صح وتعدت تسليم المعقود عليه بعارض على شرف الزوال فيخبر فيه كما اذا أبق العبد المبيع قبل القبض بخلاف هلاك المبيع قبل القبض لانه قد فات الى الخلف وبخلاف ما اذا اشترى بالفلوس شيئاً وكسدت حيث يبطل البيع بها لانها تفوت أصلاً ولا يرجع زواله ولورجى لا يعلم متى تروج بخلاف ما نحن فيه فان لأدراك الثمر والقدرة على التسليم أو انما معلوماً فيتحيز قال رحمه الله (والسهم الطري) أي لا يجوز السلم في السهم الطري لانه ينقطع عن أيدي الناس في الشتاء لانجهاد المياه حتى لو كان في بلد لا ينقطع فيه السهم أو أسلم فيه في حينه جاز وزناً لاعدداً وعن أبي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز في الكبار التي تنقطع كالسلم في اللحم لاختلاف الناس في نزع عظمها واختلاف رغباتهم في مواضعها قال رحمه الله (وصح وزناً وما لحماً) أي ان كان السهم ما لحماً جاز السلم فيه وزناً لاعدداً لان المالح منه وهو القديد لا ينقطع عن أيدي الناس وهو معلوم يمكن ضبطه بيمان قدره بالوزن وبيان نوعه وذكر في النهاية معز بالي الايضاح أن الصحيح في الصغار منه يجوز وزناً وكلاً وفي الكبار روايتان قال رحمه الله (واللحم) أي لا يجوز السلم في اللحم وهذا عند أبي حنيفة وقال لا يجوز ان بين جنسه ونوعه ووسنه وموضعه وصفته وقدره كشاة خصى ثني سمين من الجنب أو الفخذ مائة رطل لانه موزون مضبوط الوصف ولهذا يضمن بالمثل عند الاتلاف ويصح استقراره وزناً وهو لا يصح الا في ذوات الامثال ويجري فيه بالفضل بعلة الوزن فصار كالالية وشحم البطن بخلاف لحم الطيور فانه لا يقدر على وصف موضع منه وتضمنه غير مقصود

(١٥ - زيلعي رابع) العظم وكثرته فتثبت الجهة التي تؤدي الى المنازعة فلا يصح السلم مع الجهة التي لا فضاء الى المنازعة فعلى هذا يجوز السلم في منزوع العظم قال صاحب المختلف وهي رواية الحسن بن زياد عن أبي حنيفة والثاني أنه يختلف باختلاف السمن والهزال لقلة الكلا وكثرته على اختلاف الاوقات فيفيض الى الجهة التي لا فضاء الى المنازعة فلا يصح السلم وعلى هذا لا يجوز السلم في منزوع العظم قال صاحب المختلف وهو رواية ابن شجاع عنه وهذا الوجه هو الاصح اه

(قوله والتضمين بالمثل ممنوع الخ) قال الاتفاقى وقوله ما ان الغاصب يضمن المثل فلنا ذلك ممنوع على مذهب أبي حنيفة رحمه الله بل على مذهب أبي حنيفة يضمن القيمة ألا ترى ما قال في الجامع الكبير في باب الاستحقاق في البيع ولو أن رجلا غصب من رجل لحاشواه ثم جاء انسان واستحق ذلك لا يسطر ضمان الغصب وكان للغصب منه أن يضمه قيمة اللحم قال الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير قول محمد في هذه المسئلة كان للغصب منه أن يضمه قيمة اللحم نص على أن اللحم مضمون بالقيمة دون المثل ولا توجد الرواية أنه من ذوات القيم وليس على الأفي هذا الموضوع يعني في الجامع الكبير ولهذا قال صاحب الفتاوى الصغرى تضمن اللحم بالمثل قولها ما ثم قال ورايت وسط غصب المنتقى روى أبو يوسف عن أبي حنيفة إذا استهلك الحما قال عليه قيمته اه (قوله وكذا لا يجوز استقراضه) قال الاتفاقى ونمنع الاستقراض وزنا فنقول ذلك مذهبهما (١١٤) ولئن سلمنا أن اللحم مضمون بالمثل على ما ذكر في التتمة عن اختيار شيخ الاسلام علاء

الدين الاسيحي أن اللحم مضمون بالمثل وانما يضمن بالقيمة إذا انقطع عن أيدي الناس فنقول ذلك باعتبار أن المثل أعدل من القيمة لأن الأصل في ضمان العدوان المثل والمماثلة في مثل الشيء صورة ومعنى فيكون أعدل من القيمة لأنها مثل معنى لا صورة وليس استقراض اللحم كالسلم فيه لأن السلم لا يكون إلا مؤجلا فعند حلول الاجل لا يعلم اللحم على أي حال يكون من السمن والمهزال بخلاف الاستقراض فان القبض فيه حال معين فلا تقع المنازعة فيه بخلاف السلم فظهر الفرق اه (قوله بخلاف البيع به حالا حيث يجوز) أي فإنه إذا قال بعث منك من هذه الصبرة على هذا الاناء يدرهم ولا يدرى كم يسع الاناء فالبيع جائز وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه قال لا يجوز البيع أيضا لأنه بيع ليس بمجازفة ولا مكايلة وبيع الخنطة إما يجوز على أحدهما اه اتفاقى (قوله في المتن بعينه) الاجل كذا بخط الشارح والذي في نسخ المتن معينه اه (قوله ولو كانت النسبة لبيان النوع) قال في الهداية ولو كانت النسبة إلى قرية لبيان الصفة لا بأس به على ما قالوا كالتسري ما في بخارى والبخارى بقرعانة اه قوله لبيان الصفة يعني لبيان الجودة قوله لا بأس به على ما قالوا أي على ما قال المشايخ كالتسري ما في بخارى وهو نوع من الخنطة سمي بذلك ثممة والبخارى بقرعانة وهو أيضا نوع من الخنطة عندهم وكذا إذا ذكر النسبة في الثوب لبيان الصفة كما إذا قال زنديجي يحوزان الثوب الزنديجي ما يبيع على صفقة معلومة سواء تسع في تلك القرية أو غيرها قال في خلاصة الفتاوى لو كان ذكر النسبة لبيان الصفة لا لتعيين المكان كالتسري ما في بخارى فإنه يذكّر لبيان الجودة فلا يفسد السلم وان توهم انقطاع خنطة ذلك الموضوع اه اتفاقى رحمه الله

وهو العظم لا يمنع الجواز كتضمن التمر والشمش والخوخ والنوى وتضمن الالبية العظم ولا يبي حنيفة أن اللحم يختلف باختلاف صفته من سمن وهزال ويختلف باختلاف فصول السنة فباعد سميننا في الشتاء بعد مهز ولا في الصيف ولانه يضمن عظاما غير معلومة وتجري فيه المما كسة فالشترى بأمره بالزرع والباقع يدسه فيه وهذا النوع من الجهالة والمنازعة لا ترتفع ببيان الموضوع وذكر الوزن قصار كسلم في الحيوان بخلاف النوى في الثمار والعظم في الالبية فإنه معلوم ولهذا لا تجرى فيه المما كسة وفي محل نوع العظم لا يجوز على الوجه الاول وهو الاصح لأن الحكم اذا عمل بعلمين لا ينبغي الحكم بالتقاء احدهما الماعرف في موضعه والتضمن بالمثل ممنوع فإنه من ذوات القيم في رواية بيوع الجامع وكذا لا يجوز استقراضه ولئن سلم فيه ما فهمو معان عند الاتلاف والاستقراض فيمكن ضبطه بالمشاهدة بخلاف الموصوف في الذمة وقيل لا بخلاف بينهم بخواب أبي حنيفة فيما إذا أطلق السلم في اللحم وهما لا يجوزانه فيه وجوابهما فيما إذا بين موضعهما من معلوما وهو يجوز فيه والاصح ان الخلاف فيه ثابت قال رحمه الله (وسيكال أو ذراع لم يدر قدره) أي لا يجوز السلم بذراع معين أو بمكيال معين لا يعرف قدره لانه يحتمل أن يضيع فيؤدى إلى النزاع بخلاف البيع به حالا حيث يجوز لأن التسليم فيه يجب في الحال فلا شوهم فوته وفي السلم يتأخر التسليم فيخاف فوته وقد ذكرناه في أول البيوع وفي الهداية ولا بد أن يكون المكيال مما لا يتقبض ولا ينسبط كالقصاع مثلا وان كان مما يتكسب بالكس كالزبيب والجراب لا يجوز للمنازعة الا في قرب الماء للتعامل فيه كذا عن أبي يوسف وهذا الاستقيم في السلم لانه ان كان لا يعرف قدره فلا يجوز السلم به كيفما كان لما ذكرنا وان كان يعرف قدره فالقيمة قدره لبيان القدر لا لتعيينه فكيف يتأتى فيه الفرق بين المنكس وغير المنكس أو التجوز في قرب الماء وانما يستقيم هذا التفصيل في البيع اذا كان يجب تسليمه في الحال حيث يجوز باناء لا يعرف قدره ويشترط في ذلك الاناء أن لا يتكس ولا ينسبط ويقدر فيه استثناء قرب الماء أيضا قال رحمه الله (وبرق به وتغر نخله بعينه) أي لا يجوز السلم فيه ما لا احتمال أن يعثر بهما آفة فلا يقدر على تسليمهما واليه أشار عليه السلام بقوله اذا منع الله الثمرة فم يستحل أحدكم مال أخيه ولو كانت النسبة لبيان النوع بأن كان له نظير فلا بأس به وكذا اذا نسبته إلى اقليم لا يتوهم انقطاعه كالشام والعراق قال رحمه الله (وشرطه بيان الجنس والنوع والصفة والقدر والاجل) كقوله خنطة سقية جيدة عشرة أكرار إلى شهر لأن الجهالة تنفي بذلك هذه الأشياء وقال الشافعي رحمه الله الاجل ليس بشرط لجوازهما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم مطلقا واشترطه

البيع أيضا لأنه بيع ليس بمجازفة ولا مكايلة وبيع الخنطة إما يجوز على أحدهما اه اتفاقى (قوله في المتن بعينه) الاجل كذا بخط الشارح والذي في نسخ المتن معينه اه (قوله ولو كانت النسبة لبيان النوع) قال في الهداية ولو كانت النسبة إلى قرية لبيان الصفة لا بأس به على ما قالوا كالتسري ما في بخارى والبخارى بقرعانة اه قوله لبيان الصفة يعني لبيان الجودة قوله لا بأس به على ما قالوا أي على ما قال المشايخ كالتسري ما في بخارى وهو نوع من الخنطة سمي بذلك ثممة والبخارى بقرعانة وهو أيضا نوع من الخنطة عندهم وكذا إذا ذكر النسبة في الثوب لبيان الصفة كما إذا قال زنديجي يحوزان الثوب الزنديجي ما يبيع على صفقة معلومة سواء تسع في تلك القرية أو غيرها قال في خلاصة الفتاوى لو كان ذكر النسبة لبيان الصفة لا لتعيين المكان كالتسري ما في بخارى فإنه يذكّر لبيان الجودة فلا يفسد السلم وان توهم انقطاع خنطة ذلك الموضوع اه اتفاقى رحمه الله

(قوله فيكون فيه الاجل جائز الخ) قال في الهداية ولا يجوز السلم الا مؤجلا (١١٥) قال الكمال وهو قول مالك وأحمد وقال

الشافعي رحمه الله يجوز السلم الحال بأن يقول مثلا أسلت هذه العشرة في كذا حنطة صفقتها كذا وكذا الى آخر الشروط وبه قال عطاء وأبو نوري وابن المنذر لا طلاق النص وهو قوله وخص في السلم والظاهر أنهم لا يستدلون لأنهم أهل حديث وهذا لا يثبت إلا من كلام الفقهاء وإنما الوجه عندهم أنه لا دليل في اشتراط الاجل فوجب نفسه اه (قوله ومارواه حكاية حال) والجواب عما روى أنه عليه الصلاة والسلام رخص في السلم فنقول ذلك يدل على جواز السلم بطريق الرخصة والضرورة ونحن نقول به ولكن لا ضرورة في سلم الحال لانه ان كان قادرا انتفت الضرورة وان لم يكن قادرا انتفى الغرض والمقصود اه انتقائي (قوله رواه الطحاوي عن أصحابنا اعتبارا بشرط الخيار) أي وليس بصحيح لان التقدير ثمة بالثلاث بيان أقصى المدة فأما أدناه فغير مقدراه فتح غاية (قوله وعن الكرخي أنه ينظر الى مقدار المسلم الخ) قال الكمال وقال الصدد الشهيد الصحيح ما روى عن الكرخي أنه مقدار المسلم فيه والى عرف الناس في التأجيل وهو تحصيل المسلم فيه وهو

الاجل فيه زيادة على النص ولانه يسع ما في الذمة فيصير حالا كالمعين والمعنى فيه انه معاوضة مال بمال فيكون فيه الاجل جائزا فيها الا شرطا كغيره من أنواع البيوع والاجارات ولان الظاهر ان العاقل لا يلتزم ما لا يدر عليه فكان قادرا على تسليمه ظاهرا وذلك يكفي لجواز العقد ولو لم يكن قادرا على التسليم كان قادرا على ادخاله في ملكه من رأس المال بواسطة التحصيل به ولهذا أوجبنا تسليم رأس المال على رب السلم أولا قبل قبضه المسلم فيه بخلاف الكتابة على أصله فانه يخرج من يده مولاه غير مال الشئ فلا يدر عليه الاداء في الحال فيشترط فيها التأجيل ليتمكن من التحصيل ولنا قوله عليه السلام من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم فشرط فيه اعلام الاجل كما شرط اعلام القدر فكان لازما كالقدر وهذا لان المشروع بصفة لا يوجدون تلك الصفة كالصلاة شرعت بوضوء فلا يوجدونه والرهن شرع مقبوضا فلا يوجدونه وهو نظير من قال من دخل دارى فليدخلك غاض البصر لا يجوز له أن يدخلها الا وهو كذلك ولكن قال من أراد أن يصلى فليتوضأ ومارواه حكاية حال فلا عموم لها لاحتمال أن يكون المرخص هو المؤجل ولان القدرة على تسليم المعقود عليه شرط لصحة العقد فثبتت القدرة وهو الاجل الذي فيه يتمكن من تحصيله يكون شرطا ضرورة وهذا لان الواجب في الاصل هو تعيين المعقود عليه ليكون قادرا على تسليمه بأبلغ الجهات حتى اذا كان لا يقدر على تسليمه مع تعيينه كالأبق ونحوه لا يجوز بيعه فعلم بذلك ان البيع من غير تعيين المبيع أو عدم القدرة على التسليم حرام وإنما جاز في السلم من غير تعيين المبيع رخصة لاجل المفاليس لما رويناه والرخصة اسم لما استيج مع قيام البذل المحرم والخمرة لعذر يسيرا على العباد والعذر هنا هو العجز عن التسليم لعسرة والعجز بسبب العدم لا يرتفع الا بالتفليس والامهال الى زمان التحصيل أو الحصاد فأسقط التعيين لحاجة المفاليس وعوض الاجل لتقوم القدرة على التحصيل مقام القدرة على التسليم حقيقة بخلاف الكتابة لان البذل فيها معقود به لا معقود عليه والشرط ان يقدر على تسليم المعقود عليه لانه كالتن حتى جاز استبداله قبل القبض والتعيين فلا يجب تعيينه حتى يقام الاجل مقام التعيين ولا يدخله رخصة لان عدمه أصل وليس بعارض للعذر ولان الكتابة عقد ارفاق فيصبر عليه المولى ظاهرا ولا يصيق عليه بالمطالبة بالبدل اذ لو أراد التصديق عليه لما كاتبه أصلا اذ العبد وكسبه له وأما السلم فعقد تجارة وهو مبني على المما كسة والمضاربة فالظاهر أنه يطالب به بعقب العقد وهو عاجز عن تسليمه فيؤخر بالتأجيل ليتمكن من التحصيل ولا يكون له عليه سبيل والالزام أن يكون العوضان فيه يجب تسليمهما في المجلس كغيره من المبيعات ولا يمكنه من التحصيل بالمطالبة والمجلس وهذا ينافي معنى الرخصة لاجل الفقر والمسكنة وما كان شرعيته لانه تعالىهم فانه قلب ضرر عليهم ولا يقال لو كان مشروعا لدفع حاجة المفاليس لما جاز تغير المفاليس لانا نقول الشئ في السلم لا يباع عادة الا بأقل ولا يقدم على مثله الا المحتاج فدلنا اقامه على هذا البيع على انه محتاج فأقيم ذلك مقام الحاجة لتعذر الوقوف عليها كما أقيم السقم مقام المشقة والنوم مضطجعا مقام الخروج لتعذر الوقوف عليه ما وشرط أن يكون الاجل معلوما لما رويناه لانه اذا لم يكن معلوما يفضى الى المنازعة قال رحمه الله (وأقله شهر) أي أقل الاجل شهر روى ذلك عن محمد لان مادونه عاجل والشهر وما فوقه أجل ألا ترى أن المدين اذا حلف بيقضين دينه عاجلا فلا قضاء قبل تمام الشهر يرفى عنه فاذا كان مادون الشهر في حكمه العاجل كان الشهر وما فوقه في حكم الاجل وقيل ثلاثة أيام رواه الطحاوي عن أصحابنا اعتبارا بشرط الخيار وقيل أكثر من نصف يوم لان المعجل ما كان مقبوضا في المجلس والمؤجل ما تأخر قبضه عن المجلس ولا يبقى المجلس بينهم ما عدا ذلك من نصف يوم وعن الكرخي أنه ينظر الى مقدار المسلم فيه والى عرف الناس في التأجيل في مثله فان أجل فيه قدر ما يؤجل الناس في مثله جاز والا فلا والأول أصح وبه بقى قال رحمه الله (وقدر

جد بر أن لا يصح لانه لا ضابط محقق فيه وكذا ما عن الكرخي من رواية أخرى أنه ينظر الى مقدار المسلم فيه والى عرف الناس في تأجيل مثله كل هذا انتفع فيه المنازعات بخلاف المقدار المعين من الزمان اه (قوله والاقله أصح) أي تقدير الاجل بشهر اه

(قوله اذا كان العقد شاعرياً على مقداره) (١١٦) احتراز عن المذروع اه (قوله وان كان موهوماً) أي والموهوم في عقد السلم

رأس المال في المكيل والموزون والمعدود) أي شرطه بيان قدر رأس المال اذا كان العقد متعلقاً على مقداره مثل المكيل والموزون والمعدود وهذا عند أبي حنيفة وقال لا يحتاج الى بيان قدر رأس المال اذا كان معيناً لأنه صار معلوماً بالاشارة فلا يشترط اعلام قدره كافي الثمن والاجرة والمذروعات والمعنى فيه ان معرفة العوض انما تشترط احترازاً عن المنازعة وجهالة قدره بعد التعيين بالاشارة لا تفضي الى المنازعة بجهالة القيمة فلا يشترط معرفته كما لا يشترط معرفة القيمة ولا يبي حنيفة رحمه الله ان جهالة قدر رأس المال قد تفضي الى جهالة المسلم فيه بأن ينفي بعضه ثم يجد الباقي عينا فقدره ولا يتفق له الاستبدال في مجلس الرد فيفسخ العقد في المردود ويبقى في غيره ولا يدري قدره ليبقى العقد بحسبه فيفضي الى جهالة المسلم فيه فيجب التحرز عن مثله وان كان موهوماً ألا ترى انه لا يجوز بيع كميل معين أو فوز معين لم يعرف مقداره لتوهم هلاكه ولانه ربما يعجز عن تسليم المسلم فيه فيحتاج الى فسخ العقد بعدما اتفق رأس المال فيفسخه ولا يدري كم رد فيفضي الى المنازعة أو الى الربا فيجب التحرز عن كل موهوم لشرعه مع المنافي اذ هو بيع المعدوم ألا ترى انه عليه السلام قال اذا منع الله الثمرة فم يستحل أحدكم مال أخيه بخلاف ما اذا كان رأس المال ثوباً بالان الذرع وصف فيه فلا ينقسم الثمن عليه ولا يتعلق العقد به على ما ينقسم قبل جهالته لا تؤدي الى جهالة المسلم فيه ومن فروعه اذا أسلم في جنسين ولم يبين رأس مال أحدهما بأن أسلم مائة درهم في كرخطة وكشعير ولم يبين حصصاً واحده منهما من رأس المال لانه ينقسم عليهما باعتبار القيمة وهي تعرف بالخزق فلا يكون معلوماً أو أسلم جنسين ولم يبين قدر أحدهما بأن أسلم دراهم ودينارين في مقدار معلوم من البرقين قدر أحدهما ولم يبين الآخر لان رأس المال لا يكون معلوماً معرفة بعضه فلا يعلم به ما يخصه من المسلم فيه والمراد بالمعدود ههنا ما لا تتفاوت أحاده لانه حينئذ يتعلق العقد بقدره لانه من المقدرات قال رحمه الله (ومكان الايقاع فيما له جمل ومؤنة من الاشياء) أي شرط جوازها بيان مكان ايقاع المسلم فيه اذا كان له جمل ومؤنة وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال ليس بشرط وبوفيه في موضع العقد لان التسليم موجب العقد فيتعين له موضع وجوده كافي البيع ولهذا وجب تسليم رأس مال السلم في ذلك المكان فكذلك البذل الآخر اذا العقد يوجب المساواة لانه السبب الموجب للاحكام المتعلقة به والتسليم من جملتها فيتعين له موضع وجوده دلالة ما لم يعين له مكاناً آخر بالنص فيتعين له ذلك المكان لانه يفوق الدلالة بخلاف البيع حيث يبطل باشتراط تسليم المبيع في غير موضع العقد لان المشتري ملك المبيع بالبيع بالعقد فاشتراط النقل على البائع شرط فاسد اذا العقد لا يقتضيه أو يكون اجارة في بيع فيكون مفسداً للنهي المعروف عن صفقة في صفقة ورب السلم لا يملك المسلم فيه قبل التسليم فاشتراطه لا يكون اشتراط العمل في ملكه بل في ملك البائع وذلك غير مفسد ولانه لا راجع مكان آخر فيتعين ضرورة كأول أوقات الامكان في الاوامر المطلقة وصار كالقرض والغصب والائلاف ولا يبي حنيفة أن تعين مكان العقد لما بالتعيين صريحاً أو ضرورة وجوب التسليم عليه في الحال ولم يوجب ذلك السلم لا يجوز الا مؤجلاً بخلاف كون التسليم متأخراً ضرورة بخلاف البيع والائلاف والقرض والغصب لانه واجب التسليم في الحال فتعين موضع وجود السبب ضرورة ولانه لو تعين مكان العقد لما جاز تغييره بالشرط كمكان المبيع في بيع العين ولتعين مكان العقد فيما اذا عقد في لجة البحر وفساده لا يفتي فاذا لم يتعين ولم يعين مكاناً آخر بقي مجهولاً جهالة فاحشة فيؤدي الى المنازعة فيفسد كاختلاف الصفة لان قيمة ما له جمل ومؤنة تختلف باختلاف الاماكن كما تختلف باختلاف الصفة ألا ترى ان الحطب في المدين أعلى منه في القرى ولهذا قيل ان الاختلاف في بيان مكان الايقاع يوجب التحالف عنده كالاختلاف في الصفة وقيل على عكسه لان تعين المكان قضية العقد عندهما حتى لا يحتاج فيه الى ذكره فكان اختلاف في موضع العقد فيتحالفان كما

كالتحقق لان الاصل عدم الجواز بكونه بيع معدوم وانما يجوز اذا وقع الايمن عن الغرمين كل وجه واذا بقي نوع غرر بقي الامر على ما كان وهو عدم الجواز اه اتفاني (قوله فيجب التحرز عن كل موهوم اشعره) أي لشرع السلم اه (قوله مع) أي الدليل اه (قوله فلا ينقسم الثمن عليه) أي ثمن الثوب المسلم فيه اه (قوله ولا يتعلق العقد به) أي على مقداره اه (قوله ومن فروعه) أي ومن فروع الاختلاف في معرفة مقدار رأس المال اه اتفاني (قوله فاشتراط النقل على البائع شرط فاسد) قال الكمال وفي بيع العين بشرط على البائع في المصر أن يوفيه الى منزله والعقد في المصر جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحساناً وعند محمد لا يجوز هذا اذا لم يكن بين جوانب المصر مسافة بعيدة فان كان لا يجوز البيع اه (قوله كأول أوقات الامكان في الاوامر المطلقة) يعني أن الجزء الاول من الوقت يتعين لنفس الوجوب وان لم يتعين لوجوب الأداء لعدم مزاجته جزء آخر اه وكتب على قوله المطلقة مانصه هذا انما ينشئ على قول الكرخي اه (قوله

الاختلاف في الصفة) أي في الجودة والرداءة في أحد دلي السلم اه (قوله وقيل على عكسه) يعني لا يتحالفان عند أبي حنيفة لو بل القول قول المسلم اليه وعندهما يتحالفان هكذا ذكر الخلاف القدوري وصاحب الايضاح وصاحب الكفاية اه اتفاني رحمه الله

(قوله فصار كالاختلاف في شرط الخيار والاجل) أي فلا يتحققان ويكون القول قول المسلم اليه اه (قوله لان جهات مفضية إلى المنازعة) ذكره في المحيط اه فتح (قوله لان ماليته لا تختلف باختلاف الاماكن) (٩١٧) قال الكمال اذا ماليتها لا تختلف باختلاف

الاماكن فيما لا اجل له ولا مؤنة بل بعزة الوجود وقلة وكثرة رغبات الناس وقلتها بخلاف ماله مؤنة اه فتح (قوله وهو الاظهر من قولهما) قال الكمال ولو عين مكانا قيسل لا يتعين لانه لا يفيدوا الشرط الذي لا يفيد لا يجوز وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق وهو الاصح ذكره في التحفة اه قوله لانه لا يفيد أي لان ماليته لا تختلف باختلاف الاماكن اه (قوله وهو رواية الجامع الصغير والبيوع) أي من أصل المبسوط اه فتح (قوله كالمسك والزعفران) أي والكافور وصغار اللؤلؤ يعني القليل منه والافقديس في أمناء من الزعفران كثيرة تبلغ أجيالا اه كمال رحمه الله (قوله ولهذا قلنا لا يجوز اشتراط الخيار فيه) أي في رأس المال اه (قوله لانه غير مفيد) أي اذا فائدة خيار الرؤية رد المبيع والمسلم فيه دين في الذمة فاذا رد المقبوض عاددينا كما كان لانه لم يرد عين ما تناوله العقد فلا ينسخ العقد برده بل يعود حقه في مثله اه فتح (قوله وبخلاف الاستحقاق) يعني اذا ظهر رأس المال

لواختلف في البذل وعنده قضية الشرط حتى احتج فيه الى ذكره فصار كالاختلاف في شرط الخيار والاجل وعلى هذا الاختلاف الثمن والاجرة والقسمه اذا كان لها اجل ومؤنة وهي دين في الذمة مؤجلة بأن اشترى شيئا أو استأجره بمحنة في الذمة موصوفة أو اقسما شيئا وجعل للاحد منهما مكية لا موصوفة في الذمة الى اجل فعنده بشرط بيان مكان الابقاء في الصحيح حتى يفسد اذا لم يبين وعندهما لا بشرط فيسلم في مكان البيع ومكان تسليم العين المستأجرة وفي موضع القسمة ثم اذا عين مصر لاجل لانه مع تبين أطرافه كبقعة واحدة في حق هذا الحكم لان قيمته لا تختلف باختلاف المحل من مصر واحد ولهذا لو استأجر دابة ليعمل عليها بالمصر فله أن يعمل عليها في أي مكان كان وكذا لو دفع ماله الى رجل مضارب ليعمل في المصر فله أن يعمل في أي مكان شاء وقيل هذا اذا لم يكن المصر عظيمًا فان كان عظيمًا يبلغ بين نواحيه فرسخًا لا يجوز ما لم يبين ناحية منه لان جهات مفضية الى المنازعة ولو شرط أن يوفيه في منزله جاز استحسانا والقياس أن لا يجوز لان المنزل مجهول وقد يتبدل فلا يعلم وجه الاستحسان أنه وادبه المنزل حال حلول الاجل عادة والظاهر بقاؤه في منزله اليه ولو شرط الحل الى منزله قبل يجوز لانه اشتراط الابقاء فيه وقيل لا يجوز لان الحل لا يقتضيه العقد وغاية مقتضى الابقاء وهو يتصور ريدون الحل فيكون اشتراطه مفسدا وان شرط أن يوفيه في موضع ثم يحمله الى منزله لا يجوز لانه يملكه بالابقاء ثم اشتراط الحل يكون اجارة في بيع فلا يجوز قال رحمه الله (وما لاجل له يوفيه حيث شاء) وهذا على اطلاقه قول أبي حنيفة سواء بينا مكان الابقاء أو لم بينا لان ماليته لا تختلف باختلاف الاماكن فلا يفيد تعيينه فيلغو وقيل ان لم يبين فيه مكان الابقاء يتعين موضع العقد عنده وهو الاظهر من قوله ماله لانه موضع الالتزام وهو رواية الجامع الصغير والبيوع وان بين يتعين ذلك لانه قد يفيد من خطر الطريق فيتعين فحاصله أن فيما لاجل له ولا مؤنة كالمسك والزعفران وما أشبههما لا يحتاج فيه الى تعيين مكان الابقاء بالاجماع وان اختلفت رواياتهم فيه في التخريج في أي مكان يجب تسليمه على ما بينا قال رحمه الله (وقبض رأس المال قبل الافتراق) أي شرط جواز السلم قبض رأس المال قبل أن يفتراق والمراد بشرط بقائه على الصفة لانه يتعقد صحيحا ثم يبطل بالافتراق لا عن قبض وانما شرط قبضه قبل الافتراق لان السلم نبي عن أخذ عاجل بأجل وذلك بالقبض قبل الافتراق ليكون حكمه على وفق ما يقتضيه اسمه كافي الحوالة والكفالة والصرف ولا فرق في ذلك بين أن يكون رأس المال مائة عين أو لانا ذكرنا ولا نه فيما لا يتعين بلزم الافتراق عن دين بدين وهو منهي عنه ولا نه لا بد من تسليمه اليه ليتصرف فيه فيقدر على تسليم المسلم فيه ولهذا قلنا لا يجوز اشتراط الخيار فيه لانه يمنع تمام القبض اذا انقبض لا يتم الا اذا كان مبنيا على الملك وخيار الشرط يمنع ثبوت الملك لانه يمنع انعقاد العقد في حق الحكم فيمنع تمام القبض والافتراق فيه قبل تمامه مبطل للعقد وكذا لا يثبت في المسلم فيه خيار الرؤية لانه غير مفيد لانه دين في الذمة فكما ارد عليه بخيار الرؤية أعطاه غيره لكونه لا يتعين فلا يفيد بخلاف خيار العيب في رأس المال وخيار الرؤية فيه حيث يثبتان فيه اذا كان مما يتعين بالتعيين لانهما يفيدان الفسخ بالرد ولان خيار العيب لا يمنع تمام الصفقة بالقبض وبخلاف الاستحقاق لان الاستحقاق لا يمنع تمام القبض حتى لو أجاز المالك العقد بعد الافتراق عن قبض جاز لان السبب فيه مطلق وامتناع الحكم فيه ليس يقتضي السبب بل الحق المالك فاذا جاز التحق الاجازة بحالة العقد بخلاف خيار الشرط لانه يمنع انعقاده في حق الحكم وهو فوق الافتراق قبل القبض فيكون مبطلا ولو أسقط خيار الشرط قبل الافتراق جاز اذا كان رأس المال قائما عند اسقاط الخيار والافلا لان الاتمام

مستحقا للغير اه (قوله ولو أسقط خيار الشرط قبل الافتراق جاز اذا كان رأس المال قائما) قال الكمال وانما يفيد بقره ورأس المال قائم لانهم لو أسقطاه بعد انقائه أو استهلكه لا يعود صحيحا اتفاقا لانه بالاهلاك صار دين في ذمة المسلم اليه فلو صح كان برأس مال هو دين وذلك لا يجوز كما لا يجوز في ابتداء العقد ولانه الآن في معنى ابتداء العقد اذ قبل الاسقاط لم يكن للعقد وجود شرعا اه

معتبر بالابتداء وفيه خلاف زفر وهو مبنى على قاعدته ان العقد متى وقع فاسد الا يعود صححائه عنده على ما
بيننا من قبل وجعله الشرط جمعوه في قولهم اعلام رأس المال وتجهيله واعلام المسلم فيه وتأجيله وبيان
مكان الايناء والقسرة على تحصيله ويدخل تحت قوله اعلام رأس المال اعلام جنسه ونوعه وصفته
وقدره وكذا في المسلم فيه والمرا د بالقدرة على تحصيله أن يكون موجودا من حين العقد الى حين الحل قال
رحمه الله (فان أسلم مائتي درهم في كثر برائة ديناً عليه ومائة نقداً فالسلم في الدين باطل) أي في حصة الدين
لانه دين دين وصح في حصة النقد لو جرد قبض رأس المال في المجلس بقدره ولا يشيع الفساد لانه طارئ
اذا السلم وقع صحح في الكل ولهذا لو نقد مائتين قبل الافتراق صح لان الدين لا يتعين في العقد لكنه يبطل
بالافتراق قبل نقد المائة الاخرى فلا يشيع البطلان الطارئ كما اذا باع عبد من فملك أحدهما قبل القبض
بطل العقد فيه دون الآخر لما قلنا بخلاف ما اذا جمع بين حرو وعبد فباعهما حيث يبطل فيهما لان البطلان
فيه مقارن فيكون في العبد يباع بالحصصة ابتداء فلا يجوز لجهالة ثمنه ولان العقد الواحد لا يمكن وصفه
بالصحته والبطلان ولا فرق في ذلك بين أن يضيف اليهما كذا في الكتاب أو يضيف الى مائتين مطلقاً
يحبس المائة من رأس المال فصا صا بما في ذمتهم من الدين في الصحيح لان المعنى يحجمهم وهو كون الفساد
طارئاً فالدين لا يتعين بائناً فافقه العقد اليه لا ترى أنه فباع عينا بدين ثم تصادف أن لادين لا يبطل البيع ولو
تعين لبطل بخلاف ما لو تبايعا عينا بدين وهما يعلمان أن لادين حيث يبطل البيع لانه بيع بالاعتن ولا يقال
لو قال أسلمت اليك هذه المائة والمائة التي لي على فلان يبطل العقد في الكل وان نقد الكل لانا نقول اشتراط
تسليم الثمن على غير العاقد ففسد العقد وفساد مقارن للعقد فبطلت على بخلاف ما نحن عليه على ما بينا ولو
كان العين والدين مختلقي الجنس بأن كان له على آخر مائة درهم فأسلمها اليه وعشرة نانير عين في اكرار
معاودة لا يجوز في الكل اما حصة الدين فلما ذكرنا وأما حصة العين فلجهالة ما يخصه من المسلم فيه وهذا
عند أبي حنيفة وعندهما يجوز في حصة العين وهي مبنية على اعلام قدر رأس المال وقد بيناه وعن زفر أن
السلم في الكل باطل في الجنس الواحد أيضاً لانه لما بطل في حصة الدين وجب أن يبطل في حصة غيره لانه
جعل القبول فيه شرطاً لصحته في الآخر ففسد في الكل وجوابه ما بينا أن العقد وقع صححاً لعدم تعين
الدين ثم فساده في البعض لا يتعدى على ما تقدم وأما من نفسه ابن عباس رضي الله عنهما قال رحمه الله
(ولا يصح التصرف في رأس المال والمسلم فيه قبل القبض بشركة أو تولية) لان المسلم فيه مبيع بدليل ما روى
انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والتصرف في المبيع المنقول قبل
القبض لا يجوز على ما عرف في موضعه ورأس المال مستحق القبض في المجلس والتصرف فيه بقوت
القبض المستحق فلا يجوز الا ترى ان قوله عليه السلام لا تأخذوا لاسمك أو رأس ما لك فهذا يمنع التصرف
فيها قطعاً حيث لم يجوز أخذ غيره مما لا عنهما في التولية فليكنه بغير وفي الشركة فليكن به بغير

البديلين احدى على الربا
 وعدم الخيار فظهر أن قوله
 وجعله الشروط لم يتم ثم فرغ
 على اشتراط القبض في
 السلم أنه لو أسلم مائتين في كره
 حنطة اهـ (قوله وصفته)
 أى ومن صفته أن يذكر من
 النقد الفسلفى إذا كان في
 البلد نقد مختلف المالبسة
 متساوية في الرواج فإن لم
 يختلف وتساوت رواجا
 يعطيه من أيها ولو تفاوتت
 رواجا انصرف الى غالب
 نقد البلد كما في البيع اهـ
 كمال رحمه الله (قوله في المتن)
 ولا يصح التصرف في رأس
 المال الخ) ونحو الحوالة
 والكفالة بالمسلم فيه لانه
 دين مضمون كسائر الديون
 وقبضه من المسلم اليه بعينه
 ليس بشرط اهـ شرح تنكية
 قال في المحيط وتصح الحوالة
 والكفالة والارتئان برأس
 المال ثم ان وجهه قبض رأس
 المال أو هلك الرهن في مجلس
 المتعاقدين جاز ولا بطل اهـ
 وكتب على قوله ولا يصح
 التصرف الخ مانعه وانما

(۱) هنا بیاض بالاصل

(قوله في المتن فان تقابلا الخ) هذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل أسلم إلى رجل عشرة دراهم في كرحطة فتفادلا السلم فأراد رب السلم أن يشتري برأس المال شيئا قبل أن يقبضه قال ليس له ذلك ولا يجوز شرأوه أعلم أولا أن الاقالة في السلم كله أو بعضه تجوز اذا كان الباقي منه جزءا معلوما كالنصف ونحوه وبه صرح الطحاوي في مختصره اه اتقاني (قوله أو رأس مالك حال انفساخه) فاستنبط منه أنه اعتبر كالبيع فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه وهذا أي كونه أخذ شها بالبيع بسبب أن الاقالة بيع جديد في حق ثالث غير المتعاقدين والشرع ثالث وعرف أن صحتها توقف على قيام المبيع إلى القبض ألا ترى أنه لو هلك (١) الخ اه (قوله ولأن رأس المال أخذ شها بالبيع) أي لما كان هو المقصود اه اتقاني (قوله اسقوطه) أي بالاقالة اه اتقاني (قوله في المتن ولو اشتري المسلم إليه كرا أو امر رب السلم الخ) قال الكمال رحمه الله ومن أسلم في كرا وهو ستون قفيزا أو أربعون على خلاف فيه والقفيز ثمانى مكا كيك والمكول صاع ونصف فلما حل الاجل اشتري المسلم اليه من رجل كرا أو امر رب السلم أن يقبضه قضاء عن المسلم فيه فافتضد رب السلم بأن كاله مرة وحازة اليه لم يكن مقتضى باحقة حتى لو هلك بعد ذلك يهلك من مال المسلم اليه ويطالبه رب السلم بحقه وإن أمره أن يقبضه أي للمسلم اليه ثم يقبضه لنفسه (١١٩) فأكاله أي لرب السلم ثم أكاله مرة أخرى لنفسه صار مقتضيا مستوفيا حقه وهذا لأنه اجتمعت صفتان لشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين انتهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري وهذا هو محل الحديث على ما مر في الفصل الذي يلي باب المراجعة حيث قال المصنف ومحل الحديث اجتماع الصفتين والفقهاء فيه أن المستحق بالعقد مسمى فيه وهو الكيل وهو اغمايحقه بالكيل فكان الكيل معينا للمستحق بالعقد وهذا عقدان فلا بد من توفير مقتضى كل عقد عليه

فلا يجوز ولأن رأس المال له شبه بالبيع حتى لا يجوز تفويت القبض فيه بالتعليك أو بالبراء كالبيع فأخذ حكمه قال رحمه الله (فان تقابلا السلم لم يشتري) رب المال (من المسلم اليه برأس المال شيئا) يعنى قبل قبضه بحكم الاقالة لقوله عليه السلام لا تأخذوا السلم أو رأس مالك أي لا تأخذوا السلم حال قيام العقد أو رأس مالك حال انفساخه فامتنع الاستبدال ولأن رأس المال أخذ شها بالبيع لان الاقالة بيع في حق غيرهما ولا يمكن جعل السلم فيه مبيعا لسقوطه فحين أن يجعل رأس المال مبيعا وان كان دينافي الذمة لان كونه دينافيا في أن يكون مبيعا كالسلم فيه قبل القبض فصار رأس المال بعد الاقالة بمنزلة السلم فيه قبلها فبأن أخذ حكمه من حرمة الاستبدال بغيره ولأن الاقالة لما صارت بيعا جديدا من وجه كان حكم رأس المال فيها كحكمه في البيع الأول وهو السلم تغزير بالخلف منزلة الاصل فيجزم استبدالها بعد الاقالة كما كان يحرم قبلها إلا أنه لا يجب قبضه في المجلس بعدها كما كان يجب قبلها لان الاقالة ليست ببيع من كل وجه ولهذا جازا برأؤه عنه وان كان لا يجوز قبلها وقال زفر والشافعي رحمه الله يجوز بيعه بعد الاقالة وهو القياس لانه لما بطل السلم بقي رأس المال دينافي ذمته فيصح الاستبدال به كسائر الدينون ووجه الاستحسان ما بيناه قال رحمه الله (ولو اشتري المسلم اليه كرا أو امر رب السلم يقبضه قضاء لم يصح وصح لو قرضا أو امره يقبضه له ثم لنفسه ففعل) معناه أن يكيله لنفسه بعد القبض ثانيا لانه اجتمع هنا صفتان صفة بين المسلم اليه وبين المشتري منه وصفقة بين المسلم اليه وبين رب السلم كلاهما بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين قضاء للصفقتين ولم يوجد في الاولى وهو ما اذا أمر المسلم اليه رب السلم يقبضه من البائع قضاء بحقه فلم يصح ووجد في الثانية وهو ما اذا أمره المسلم اليه يقبضه له بأن يكيله ثم يقبضه لنفسه بالكيل ثانيا فلذلك جاز والاصل فيه ما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري ومحله على ما اذا اجتمعت الصفتان فيه وأما في صفقة واحدة فيكتفى بالكيل فيه مرة في الصحيح

لا ترى أن الثاني لو كاله فزاد لم تطبله الزيادة ووجب ردها حتى لو كان المشتري كاله لنفسه بحضرة المشتري الثاني فقبضه الثاني لا بد من أن يكيله إقامة لحق العقد الثاني والصفة ثمانية للمسلم اليه من بائعه الكرا والصفة التقديرية التي اعتبر بين المسلم اليه ورب السلم عند قبضه لان المسلم اليه يصير بائعا من رب السلم ما اشترا لان المأخوذ ليس عين حقه فانه دين وهذا عين قاصصه به وقد أخذوا في صحة الامر أن يقبضه ثم يقبضه لنفسه وعندى ليس هذا بشرط بل الشرط أن يكيله مرتين حتى لو قال له قبض الكرا الذي اشتريته من فلان عن حقه فذهب فأكاله ثم أعاد كيله صار قابضان الا فرض أنه لا يصير قابض لنفسه بالكيل الاول بل بالكيل الثاني فلما قال له اقبضه عن حقه والمخاطب يعلم أن طريق صيرورته قابض لنفسه أن يكيله مرة فاقبض عن الآخر وثانيا يصير هو قابض لنفسه فقبل ذلك صار قابضا حقه كأنه قال له اذهب فافعل ما تصير به قابضا ولفظ الجامع يفيد ما قلنا فانه لم يرد على قوله فأكاله ثم كاله لنفسه جاز اه وكتب على قوله ولو اشتري المسلم اليه الخ مانصه هذه من مسائل الجامع الصغير وأصل هذا ان العقد اذا وقع مكايلا أو موزنة لم يجوز للمشتري أن يتصرف حتى يعيد الكيل أو الوزن ثانيا اه اتقاني (قوله ومحل الحديث) أي محل الحديث اه

(قوله فلم يكن المسلم اليه بأعالي السلم بعد الشراء) أي فلم تجتمع الصفقتان اه فتح (قوله فقبض المسلم فيه لاحق) أي لشرائه من بائعه وأنه أي قبض المسلم اليه بمنزلة ابتداء البيع لأن العين غير الدين حقيقة واعتباره عينه في حق حكم خاص وهو صحة قبضه عن المسلم فيه كيلا يلزم الاستبدال به قبل قبضه لا يستلزم اعتباره بأية مطلقا فأخذ العين عنه في حكم عقد جديد فيتحقق بيع المسلم اليه بعد شرائه من بائعه والدليل على هذا الاعتبار ما قال في الزيارات لو أسلم مائة في كرم ثم اشترى المسلم اليه من رب السلم كخطة بمائتي درهم إلى سنة فقبضه فلما حل السلم أعطاه ذلك الكرم لانه اشترى ما باع بأقل مما باع قبل نقدا الثمن يريد أن رب السلم اشترى ما باعه وهو الكرم قبل نقدا الثمن بأقل مما باعه وانما يلزم ذلك إذا جعل عند العقد كأنه جاهد أو عقدا أو مثل هذا فيمضى الواسم في موزون معين واشترى المسلم اليه موزونا كذلك الخ لا يجوز قبض رب السلم بخلاف ما لو اشترى المسلم اليه خطة مجازفة أو ملكها بارت أو هبة أو وصية أو وفاة رب السلم فمكاله مرة وتجوز به يكتفي بكيل واحد لانه لم يوجد العقد بشرط الكيل وهو السلم ولو اشترى المعدود عقدا أو أسلم في معدود فعلى الروايتين في وجوب إعادة العدة في بيع المعدود بعد شرائه عدا اه كمال رحمه الله (قوله فأمر المقرض بقبضه قضاء بحقه) أي ولم يقل قبضه في ثم قبضه انفسك فقبضه بان كاله مرة تجاز اه (١٣٠) كمال رحمه الله (قوله فكان المقبوض عين حقه) أي فلم تجتمع صفقتان فلم يجب الاستبدال

فان قبل بيع المسلم اليه مع رب السلم سابق على شراء المسلم اليه من بائعه فلم يكن المسلم اليه بأعالي السلم بعد الشراء فلا يدخل تحت النهي قلنا السلم وان كان ساقية أو قبض المسلم فيه لاحق والمقبوض بدل عن المسلم فيه حقيقة وان كان عينه حكما احترازا عن الاستبدال فكان بيعا حقيقة ولان استبدال المسلم فيه بنفسه جائز ألا ترى أنه لو قضاه أجود مما شرطه جاز ولو حرم الاستبدال بنفسه لما جاز فكان استبدال الآخر حقيقة وحكم فثبت أنه يبيع جديد بعد الشراء فوجب الكيل ناسيا لاجله بخلاف ما إذا كان الكرم قرضا فاشترى المقرض كرافأمر المقرض بقبضه قضاء ليطقه يجوز وان لم يعد الكيل لان القرض إعارة حتى ينعقد بلفظ الإعارة فكان المقبوض عين حقه تقديرا فلم يكن استبدال الأول لو كان أمرا لم يجز لمبادلة الجنس بنفسه نسبة فلم تتحقق الصفقتان فيكتفي بكيل واحد للمشتري فيقبضه له ثم لنفسه من غير إعادة كيل قال رحمه الله (ولو أمر رب السلم أن يكيله في ظرفه ففعل وهو غائب لم يكن قضاء بخلاف المبيع) يعني لو دفع رب السلم إلى المسلم اليه ظرفا مثل الغرائر وأمر المسلم اليه أن يكيل الطعام المسلم فيه ويجعله في الطرف ففعل المسلم اليه ورب السلم غائب لم يكن قبضا ولو كان مكان السلم مشتري بان اشترى برامعينا ودفع المشتري إلى البائع ظرفا وأمره أن يكيله ويجعله في الطرف ففعل البائع والمشتري غائب صح وهو المراد بقوله بخلاف المبيع والفرق ان رب السلم حقه في الذمة ولا يملكه الا بالقبض فلم يصادف أمره ملكه فلا يصح فيكون المسلم اليه مستعيرا للطرف فجعل فيه ملك نفسه كالذات اذا دفع كبا إلى المدين وأمره أن يزن دينه ويجعله فيه فانه لا يصح فالمشتري علك الطعام بنفسه الشراء فيه صح أمره لصادفته ملكه فيكون قابضا يجعله في الطرف ويكون البائع وكيله في مساهة الطرف فيكون الطرف في يد المشتري حكما فكان الواقع فيه واقعا في يده حكما ولهذا كفى بذلك الكيل في الصحيح ألا ترى أنه لو أمره بالطحن أو بالقائه في البحر ففعل يكون على الأمر

لان هذا الاعتبار في القرض لو لم يكن ثابتا لم يملك الشيء بنفسه نسبة أو تفرق بلا قبض فيه وهو ربا ولهذا لا يلزم التأجيل في القرض لانه يبيع بنفسه نسبة وكذا لو كان الدين الأول سلفا لما حل اقترض المسلم اليه من رجل كرا وأمر رب السلم بقبضه من المقرض ففعل جاز لما ذكرنا وهذا لان عقد القرض عقد مساهلة لا يوجب الكيل بخلاف البيع مكايلا أو موازنة ولهذا لو استقرض من آخر خطة على أنها عشرة أقفزة جاز له أن يتصرف فيها قبل الكيل اه كمال رحمه الله (قوله لم

يكن قضاء) هذا اذا لم يكن في غرائر رب السلم طعام بلا تردد فان كان قيل لا يصير قابضا لما قررنا ان أمره بمخاطط طعام السلم في طعام (١) (قوله ولو كان) أي ولو كانت الخطة مشتراة والمسئلة بمخالها اه (قوله بان اشترى برامعينا) أي على أنه كرم مثلا اه (قوله وان فرق ان رب السلم حقه في الذمة) يعني أن رب السلم حقه في الدين لا في العين وجعل الدين وهو وصف ثابت في الذمة في غرائر رب السلم محال وحقه في العين انما يتحقق بالقبض ولم يوجد اه من الاتفاق (قوله فلم يصادف أمره ملكه) أي لانه تناول عينه لملكه البائع اه اتفاق (قوله فجعل فيه ملك نفسه) حتى اذا هلك الكرم هلك من مال المسلم اليه وبقي الدين في ذمته كما كان اه اتفاق (قوله فانه لا يصح) أي لا يكون قابضا لدينه بوضعه الدرهم في كيسه اه (قوله فيكون) أي كيله في غرائره ككيل المشتري بنفسه اه (قوله ولهذا كفى الخ) أي ولعمدة الأمر كفى بذلك اذا كاله بحضرة المشتري فهو استيضاح على صحة الأمر لمصادفته الملك اه (قوله ألا ترى أنه الخ) قال الاتفاق رحمه الله ولو أمر المشتري البائع بالطحن كان الدقيق للمشتري لعمدة الأمر لانه تناول ملك نفسه وفي السلم كان الدقيق للمسلم اليه لعدم صحة الأمر فان أخذ رب السلم الدقيق كان حراما لكونه بدلا عن السلم فيه والاستبدال في السلم حرام ولو أمر المشتري أن يلقيه في البحر هلك من مال المشتري وفي السلم من مال المسلم اليه اه قوله لكونه بدلا عن السلم فيه أي قبل قبضه اه فتح

(قوله يصير قابضاً) أي سواء كانت الغرائر له أو للبائع أو كانت مستأجرة اه اتقاني وكتب على قوله يصير قابضاً ما نصه بالاتفاق اه فتح
(قوله ولو اجتمع الدين والعين الخ) بان أسلم في كرفل ساحل الاجل اشترى رب السلم من المسلم اليه كرا آخر معيناً ودفع اليه نظراً لكيلا يملكه ما فيه
اه (قوله فإبدأ) أي المسلم اليه اه (قوله صار) أي المشتري اه كمال (قوله أما العين فلصحة الامر به) أي لانه لا في ملكه اه فتح
(قوله وأما الدين الخ) قال الاتقاني وأما الدين فلانه اتصل بملك المشتري والعين في يده حكماً فصار الدين أيضاً في يده لاتصاله بها فصار قابضاً للكل
اه (قوله نبضهها خاتماً) ليس هذا في خط الشارح (قوله وأمره أن يزيد عليه من (١٢١) عنده فضة) أي ففعل الصانع ذلك

في غيبته جاز وصار الامر
بانحط قابضاً له اه (قوله
وان بدأ) أي المسلم اليه
بكيال الدين اه (قوله لم يصير
قابضاً لهما) أي رب السلم
اه (قوله فلماذا كرنا) أي من
عدم صحة الامر اه (قوله
فلانه) أي رب السلم اه
(قوله لما خلطه بملكه فقد
استهلكه الخ) قال الاتقاني
وان بدأ بالدين ثم بالعين لم
يصير قابضاً أما الدين فاعدم
صحة الامر وأما العين فلا نه
خط حنطة المشتري بمحنة
نفسه بحيث لا يعتاز فصار
مستهلكاً والبائع اذا استهلك
المبيع قبل القبض ينتقض
البيع وهذا عند أي خفيفة
رجحه الله أما عند صاحبه
فالمشتري بالخيار ان شاء
شارك في الخلط بقدر حنطته
لان الخلط ليس باستهلاك
عندهما وان شاء تركه
فينتقض البيع اه (قوله
فينتقض البيع) أي لهلاك
المبيع قبل القبض لا يقال
هذا الخلط ليس بتعدليكون
به مستهلكاً لانه بامره أجاب
المصنف منع اذنه فيه على

في الشراء وتقرر الثمن عليه وفي السلم على المأمور لما قلنا فان قيل البائع لا يصلح أن يكون وكيلاً للمشتري في
القبض حتى لو وكله بالقبض نه الا يصح توكيله ولا يكون قابضاً فكيف يتصور أن يكون وكيله هنا قلنا
لما صح أمره لكونه مالكة صار وكيله ضرورة وكمن شيء ثبت ضمنه وان لم يثبت قصد ولو كان رب السلم
حاضراً وكله المسلم اليه بحضرة وخلي بينه وبين الطعام يصير قابضاً لان التخلية تسليم ولو أمره في الشراء أن
يكيله ويجعله في ظرف البائع ففعل لم يصير قابضاً لان المشتري صار مستعيراً للظرف من البائع ولم يقبضه
فلا تصح العارية لانها لا تتم بدون القبض فلا يكون الواقع فيه واقعاً في يده المشتري فصار كالأمره أن يجعله
في ناحية من بيت البائع ولو اجتمع الدين والعين وكان الظرف للمشتري وأمره أن يجعله ما فيه فان بدأ بالعين
صار قابضاً للكل أما العين فلصحة الامر به وأما الدين فلانه خلطه بملكه بالاتصال به كمن دفع اصناف
فضة ليصنعها خاتماً وأمره أن يزيد عليه من عنده فضة قرضاً وكمن استقرض من رجل حنطة وأمره أن
يزرعها في أرضه قبل أن يقبضه فانه يصير قابضاً بالاتصال بملكه لانه عين ماله وانحط باذنه بخلاف الصباغ
اذا صبغ الثوب حيث لا يصير صاحبه قابضاً باتصال الصبغ بثوبه لان المعقود عليه فيه الفعل وهو
الصبغ لا العين والفعل لا يجاوز الفاعل لانه عرض لا يقبل الانتقال ولم يتصل بالثوب فلماذا لم يصير قابضاً
وان بدأ بالدين لم يصير قابضاً لهما أما الدين فلماذا كرنا وأما العين فلا نه لما خلطه بملكه فقد استهلكه قبل
التسليم عند أي خفيفة فينتقض البيع وهذا الخلط لم يرض به لجواز أن يكون مراده البداية بالعين
فلم يبق رضا به حتى يكون شريكاً له وعند أي يوسف يصير قابضاً لهما جميعاً كما اذا بدأ بالعين لانه لما كان
الدين أولاً لم يخرج عن ملكه ولم يصير البائع قابضاً لما قلنا ولما كان العين بعده وخلطه فيه صار قابضاً
للعين لماذا كرنا ولدين أيضاً ضرورة اتصاله بملكه فصار كالأمره أن يجعله ما فيه وان بدأ بالعين وقال محمد يصير قابضاً للدين والعين
لانه لما بدأ بالدين لم يملكه المشتري بل هو باق على ملك البائع وصار مستعيراً للظرف ولما كان العين بعده
وخلطه به صار خالطاً لملك المشتري بملك نفسه ومستهلكاً باذنه فيشترى كان فيه ولم يبرأ عن الدين لعدم
القضاء بخلاف ما اذا بدأ بالعين لانه صار مسلماً للمشتري بوضعه في ظرفه ثم تلك الدين باتصاله بملكه بعده
وهكذا ذكره قاضيان وذكر صاحب الهداية أن المشتري بالخيار عندهما ان شاء نقض البيع وان شاء
شارك في الخلط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما قال رحمه الله (ولو أسلم أمة في كرو قبضت الامة
فنتقيا لافسات أو ماتت قبل الاقالة بقي وصح وعليه قيمتها) يعني ماتت الامة بعد الاقالة قبل أن يقبضها
رب السلم بحكم الاقالة أو ماتت قبل الاقالة ثم تقابل بعد موتها بقيت الاقالة على حالها ولم تبطل بموتها في
الاولى وصحت الاقالة بعد موتها في الثانية ويجب على المسلم اليه قيمة الجارية فيم ما يوم قبضها لان شرط
صحة الاقالة بقاء العقد وهو يبق بقاء المعقود عليه والمعهود عليه في السلم هو المسلم فيه وهو باق في ذمة
المسلم اليه بعد هلاك الجارية فصحت الاقالة ابتداءً وكذا يبق بعد الهلاك لان البقاء أسهل من الابتداء
فاذا انفسخ العقد يجب عليه رد الجارية وقد عجز بموتها فيجب عليه قيمتها التامة مقامها كالأمره ان يقبضها

(١٢٦ - زلمي رابع) هذا الوجه لجواز كون مراده أن يفعل ذلك على وجه يصح وهو أن يبدأ بالعين اه كمال رحمه الله (قوله
وهذا الخ) جواب سؤال اه (قوله ولم يصير البائع) كذا بخط الشارح وصوابه المشتري اه (قوله وهكذا ذكره قاضيان) أي في شرح
الجامع الصغير اه (قوله في المتن أو ماتت قبل الاقالة بقي) أي عقد الاقالة اه (قوله وهو يبق بقاء المعقود عليه) والدليل على أن المسلم
فيه مبيع ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام
جعل المسلم فيه مبيعاً اه اتقاني

(قوله ولا تنقي) أي بعدهلا كلها اه (قوله بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الخ) قال الاتقاني رحمه الله ثم فيما حضرت الاقالة اذا اختلفا في القيمة القول قول المطالب والبينة بينه المطالب وهو رب السلم ألا ترى الى ما نص محمد في الاصل بقوله اذا اتار كالسلم ورأس المال ثوب فهلك الثوب عند المطالب قبل أن يقبض الطالب فعلى المطالب قيمته والقول في ذلك قول المطالب وعلى الطالب البينة على ما يدعى من فضل القيمة الى هنا لفظ الاصل وذكر في موضع آخر فيه أن القول قول المطالب مع عينه إلا أن يقوم للطالب بينة على ما يدعى اه (قوله أو كلاهما) كذا بخط الشارح والظاهر (١٣٣) كليهما (قوله مخرج التمتع) قال الكمال وهو أن ينكر ما يتفقه اه وكتب على

قوله مخرج التمتع ما نصه
لا يخرج الخصومة اه اتقاني
(قوله وكان القول قول من يدعى الصحة) أي لان كلام التمتع مردود فاذا رتبتي كلام الآخر بلا معارض فكان القول قوله اه اتقاني
(قوله وان خرج مخرج الخصومة) قال الكمال وهو أن ينكر ما يضره اه
(قوله فكذلك) يعني القول لمدعى الصحة اه (قوله كان القول قول المسلم اليه) أي بالاتفاق وهو قول الشافعي لأن رب السلم تمتعت لانه بانكار الصحة منكرا ما يتفقه وهو المسلم فيه لانه على كل حال يربو على رأس المال في العادة وان كان رأس المال نقدا والمسلم فيه نسيئة لان العقلاء قاطبة على اعطاء هذا العاجل بذلك الاجل ولو لانه يربو عليه وان كان آجلا لم تطبق آراؤهم عليه اه كمال (قوله أن المسلم فيه ليس هذا في خط الشارح) (قوله وكلام التمتع مردود) أي بقي قول الآخر

عبد المجارية ثم تقابل بعدهلا لأحدهما فانه يصح لبقاء أحدهما ويجب رد الباقي منهما أو يجب على الآخر قيمة الهالك لما قلنا قال رحمه الله (وعكسها شراء أو بائناً) أي عكس مسئلة السلم بشراء الجارية بألف فان الحكم فيها لو ماتت الجارية بعد الاقالة قبل القبض بطلت الاقالة ولو تقابل بعدهلا كلها ابتداء لا يصح لان المعقود عليه فيها هي الجارية فلا تصح الاقالة بعدهلا كلها ابتداء ولا تبقى لانعدام المحل فكانت عكس الاولى بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الاقالة ابتداء بعدهلا أحدهما ولا تبطل به لان كل واحد من العوضين فيه معقود عليه لكونه مبيعاً من وجه فيبقى العقد بقاء أحدهما فخلصه أن هذا الجنس منقسم الى أربعة أقسام أحدها الاقالة في السلم والثاني الاقالة في بيع المقايضة والثالث الاقالة في بيع العين بالثمن وقد ذكرنا حكم الثلاثة والرابع الاقالة في الصرف وحكمه أنهم ما اذا تقابل فيه بعد هلاك أحد البدين أو كلاهما أو هلك البدلان أو أحدهما بعد الاقالة قبل انتراد صحت الاقالة لان المعقود عليه في الصرف ما وجب لكل واحد منهما ما في ذمة الآخر وذلك غير معين فلا يتصور هلاكه والمقبوض غيره فلا يمنع هلاكه صحة الاقالة وهذا لان الفسخ يرد على ما يرد عليه العقد فلا يرد على المقبوض ولهذا لو كان المقبوض قائماً كان لهما أن يردا غيره بعد التقابل قال رحمه الله (والقول لمدعى الرضا والتأجيل لئلا في الوصف والاجل) يعني اذا اختلفا في اشتراط الوصف في السلم فيه بان قال أحدهما مشروطاً بكذا وقال الآخر لنشترط شيئاً أو قال أحدهما مشروطاً بالاجل وقال الآخر لنشترط شيئاً كان القول قول من يدعى اشتراط الوصف والاجل لانه يدعى الصحة اذا السلم لا يجوز الا بموجباً لوصف ظاهر شاهد له لان الفاسد حرام والظاهر من حال المسلم أن يتجنب الحرام ويأمر بالمباح ثم الاصل في جنس هذه المسائل انهما اذا اختلفا في الصحة فإن خرج كلام أحدهما مخرج التمتع كان باطلاً وكان القول قول من يدعى الصحة وان خرج مخرج الخصومة فكذلك عند أبي حنيفة ان اتفقا على عقد واحد وعندهما القول للمنكر ثم تفاصيل المسئلة أن نقول لو أسلم درهم الى رجل في كتر حنطة فقال المسلم اليه مشروطاً بكذا وقال رب السلم لنشترط شيئاً كان القول قول المسلم اليه لان رب السلم تمتعت في انكاره الصحة اذا الظاهر أن المسلم فيه مع رداً يربو على رأس المال وكلام التمتع مردود وفي عكسه بان ادعى رب السلم شرط الردى وأنكر المسلم اليه الشرط أصلاً كان القول لرب السلم عند أبي حنيفة لانه يدعى الصحة وعندهما القول للمسلم اليه لانه منكر ولو قال المسلم اليه لم يكن له أجل وقال رب السلم كان له أجل كان القول لرب السلم عندهم لان المسلم اليه تمتعت في انكار ما ينفعه وهو الاجل وهو حق له فكان باطلاً فان قيل المسلم اليه ليس بتمتع لانه يدعى فساد العقد وفيه نفع لانه لا يلزمه المسلم فيه بسبب فساد العقد بل يجب عليه رد رأس المال وهو أقل من المسلم فيه عادة فوجب أن يكون القول له لا تنكره قلنا الفساد بسبب عدم الاجل يختلف فيه بين العلماء فلم يتيقن بالفساد فلا يعتبر النفع في سقوط المسلم فيه عنه بخلاف عدم

بلا معارض اه فتح (قوله لانه يدعى الصحة) أي وان كان صاحبه منكراً وكلامه خصومة اه كمال (قوله الوصف لانه منكر) أي وان أنكر الصحة اه فتح (قوله قلنا الفساد بسبب عدم الاجل) يختلف فيه بين العلماء أي فان عندهم السلم بدون الاجل جائز وهو قول الشافعي اه اتقاني ثم الاختلاف في الاجل على ثلاثة أوجه أحدها في أصل الاجل ففيه القول قول المدعى للاجل مع عينه طالما كان أو مظلوماً وعندهما القول قول الطالب سواء كان مدعياً للاجل أو منكراً والثاني في مقدار الاجل مثل أن يدعى أحدهما أنه شهر وقال الآخر أنه شهران ففيه القول قول الطالب مع عينه لانه ينكر الزيادة فان قامت لاحدهما ما البينة يقضي بينته وان قامت لهما ما يقضي بينته المطلوب لانها تثبت الزيادة والثالث في معنى الاجل قال الطالب كان الاجل شهر أو قدمضي وقال

المطلوب كان شهرا ولم يعض فالتقول قول المطلوب مع عينه لأنه ينكر توجه المطالبة فان أقام أحدهما البينة يقضى بيمينته وان أقام البينة يقضى بيمينته وان أقام البينة يقضى بيمينته وان أقام البينة يقضى بيمينته

الصفة يعني أنه ما هو فأنهم ما يتخالفان لأن الوصف جار مجرى الأصل وفي الخلاصة (١٣٣) إذا شرط في السلم الثوب الجيد فله ثوب وادعى أنه جيد وأنكر الطالب فالقاضي يرى اثنين من أهل تلك الصنعة وهذا أحوط والواحد يكفي فان قال الجيد أجبر على القبول اه (قوله) لأنه ينكر حقا عليه أي لأن رب السلم ينكر حقا على نفسه وهو الأجل فلم يمكن منعه اه (قوله) شرطت لك نصف الربح (الاعشرة دراهم) وفي الهداية نصف الربح وزيادة عشرة قال في النهاية هذا ليس بصحيح لأنه على تقريره كان القول للمضارب كذا بخط الشارح اه (قوله) وثبوت الشيء المشروط هنا اه (قوله) وما الاستصناع فلا يجاع قال في الهداية وان استصنع شيئا من ذلك بغير أجل جاز استحصانا قال الكمال الاستصناع طلب الصنعة وهو أن يقول لصانع خف أو مكعب أو صفار صنع لي خفاطوله كذا وسعته كذا أو دستا أي برمة يسع كذا ووزنه كذا على هيئة كذا بكذا ويعطى الثمن المسمى

الوصف عندهما لأن الفساد فيه قطعي فباعتبار أنكار المسلم إليه لأنه ليس بمنعته لأن فيه نفعه بسقوط المسلم فيه عنه ورد رأس المال بخلاف أنكار رب المسلم فيه لأنه متعنت حيث ينكر وجوب حقه وهو المسلم فيه لأنه يزيد على رأس المال عادة وإذا جعل القول لرب السلم يرجع في مقدار الأجل إليه أيضا وفي عكسه بأن ادعى المسلم إليه الأجل وأنكره رب السلم فالقول للمسلم إليه عند أبي حنيفة وعندهما القول لرب السلم لأنه ينكر حقا عليه وهو الأجل فكان القول له وان أنكر الصحة كرب المال بقول للمضارب شرطت لك نصف الربح (الاعشرة دراهم) وقال المضارب شرطت لي نصف الربح ولم تزد كان القول لرب المال وان كان فيه فساد العقد لأنه منكر لا يستحق الربح عليه ولا يبيح حقه فوجه الله أنهم اتفقا على عقد السلم واتفقا على العقد اتفاقا على شرائطه لأن شرط الشيء تبعية له وثبوت به ثبوت الأصل فانكاره الأجل بعد ذلك رجوع منه عما أقر به فلا يقبل كالتنا حين إذا ادعى أحدهما النكاح بغير شهود والآخر بشهود كان القول لمن يدعي النكاح بالشهود بخلاف المضاربة لأنهم ما يتفقا على عقد واحد لأن المضاربة إذا أصبحت تكون شركة في الربح وإذا فسدت تكون اجارة وان سلمنا أنهم اتفقا على عقد واحد فالمضاربة غير لازمة لأن كل واحد منهما يمكن من فسخه بعد العقد فترفع باختلافهما فإذا ارتفع بالانكسار بقي مجرد دعوى المضارب في مال رب المال فكان القول للمضارب وهو رب المال وبخلاف ما إذا قال الزوج لامرأته تزوجتك وأنت صغيرة وقالت هي تزوجتني وأنا بالغة فان القول قوله وان كان فيه فساد العقد لأنه لم يقر بالعقد بل أنكره حيث أسنده إلى حالة منافية للصحة لعدم الأهلية قال رحمه الله (وصح السلم والاستصناع في نحو خوف وطس وقتهم) أما السلم فلا يمكن ضبط صفته ومعرفة قدره فوجب القول بجوازه إذا اجتمعت فيه شرائطه على ما يشاء من قبل وأما الاستصناع فلا جاع الثابت بالتعامل من لدن النبي صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا وهو من أقوى الحجج وقد استصنع النبي صلى الله عليه وسلم خاتما ومنبرا وقال عليه الصلاة والسلام ما رأيت المؤمن حسانا فهو عند الله حسن وهذا استحسان والقياس أن لا يجوز لأنه يبيع المعدوم وهو منهي عنه ولكن ترك العمل به عما ذكرنا والقياس يتركه كدخول الحمام والاحتجام بآخرة وطلب شربة ماء من السقاء بفلس كل ذلك جائز لمعامل وان كان القياس بأباه للجها له لأنه لا يعرف كم قدر ما يقدر في الحمام وكم قدر ما يستعمل أو يشرب من الماء وكم قدر ما يخرج من الدم إذا لا يعتبر القياس بمقابلته إلا جاع والنص وقد قال عليه السلام لا تجتمع أمي على الضلالة ولا يشك هذا على قول أبي حنيفة في المزارعة فان التعامل فيه موجود ومع هذا لم يأخذ به وأخذ بالقياس لأن الخلاف فيها كان موجودا في الصدر الأول ولم يجز التعامل فيها من غير تكبير بخلاف ما نحن فيه ثم انما يجوز إذا جرى فيه تعامل وما لا تعامل فيه لا يجوز الاستصناع فيه ويكون سلما إذا اجتمعت فيه شرائطه ثم في الصحيح أن الاستصناع يجوز ببيع أو قال الحاتم الشهدانه وعدوليس يبيع وانما يعقد ببيع إذا أتى به مفرونا بالعطى ولهذا ثبت فيه الخيار لكل واحد منهما وجه قول الجمهور أن محمد ارجه الله سماء شراء وكيفية القياس والاستحسان وفصل

أولا يعطى شيئا في عقد الاستصناع جازا استحصانا بغير القياس أن لا يجوز وهو قول زفر والشافعي اه (قوله وقال الحاتم الشهد) أي والشافعي ومحمد بن سلمة وصاحب المنشور اه فتح (قوله ولهذا) أي كان للصانع أن لا يعمل ولا يجبر عليه بخلاف السلم والمستصنع أن لا يقبل ما أتى به ويرجع عنه اه فتح قال في الفتاوى الصغرى إذا استصنع لاجبج الصانع على العمل ولا المستصنع على إعطاء الجروان شرط التجبيل وان قبض الصانع الدراهم ملكها اه (قوله وهو العمل وشبهها بالبيع من حيث ان المقصود عين المستصنع فيه) هذا الملحق ليس بثابت في خط الشارح ولكن لا يمتنه اه

بين ما فيه تعامل وما لا تعامل فيه وأثبت فيه خيار الرؤية ولو قبض الثمن ملكه والمواعد فتجوز قياسا واستحسانا فيما فيه تعامل وما لا تعامل فيه ولا يثبت فيه خيار الرؤية ولا يملك به البديل في الحال فبطل ما قاله والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما للحاجة كطهارة المستحاضة وعكسه الماء المستحق بالعطش وقد تحققت الحاجة هنا ذ كل واحد لا يجد خفا مصنوعا يوافق رجله ولا خاتما يوافق أصبعه وقد يجوز بيع المعدوم للحاجة أصله بيع المنافع والمعقود عليه هو العين دون العمل عند الجمهور وقال أبو سعيد البرزعي المعقود عليه هو العمل لأن الاستصناع استفعال من الصنع وهو العمل فسمية العقد به دليل على أنه هو المعقود عليه والاديم فيه بمنزلة الآلة للعمل ولهذا يبطل عوت أحدهما والاول أصح ولهذا لا يشترط أن يعمل بعد العقد حتى لو جاء به من رعا لا من صنعته أو من صنعتته قبل العقد فأخذه جاز وكذا لو عمل بعده وباعه الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز ولو كان المعقود عليه العمل بالمجاز هذا كله وكذا محمد رحمه الله قال إذا جاء به مفرغا فلم يستصنع الخيار لأنه اشترى مالم يره سماه شراء وأثبت فيه خيار الرؤية وهو لا يثبت إلا في العين وإنما يبطل عوت أحدهما لأن الاستصناع شبه بالاجارة من حيث أن فيه طلب الصنع فلشبهه بالاجارة قلنا يبطل عوت أحدهما ولو لشبهه بالبيع وهو المقصود أجزئنا فيه ما ذكرنا من أحكام البيع وقيل بنقد اجارة ابتداء وبيعاً انتم اعقبيل التسليم لأن البيع لا يبطل عوت أحدهما بل يستوفي من تركته والاجارة لا يثبت فيها ما ذكرنا من أحكام البيع فبمعنا بينهما على التعاقب لتعذر جمعهما في حالة واحدة كما قلنا في الهبة بشرط العوض هبة ابتداء وبيع انتم اعقبيل المعنى فيه أن المستصنع طلب منه العين والدين فاعتبرناهما جميعا فتوفر على الأمرين خطهما فان قيل إذا اعتبرتم فيه معنى الاجارة ومعنى البيع وجب أن يجبر كل واحد منهما على المضي ولا يخرقلنا الاجارة تفسخ بالاعذار وهذا عذر لأن الصانع يلزمه الضرر بقطع الصرم فباعه بغيره كان للصانع فسخه وكذا البيع ثبت فيه خيار الرؤية فباعه بغيره يكون للمستصنع الفسخ لأنه اشترى مالم يره على قول من قال بالتخير ولأن الجواز للضرورة فيظهر في حقه ولا ضرورة في حق الزوم فلا يظهر في حقه قال رحمه الله (وله الخيار إذا رآه) أي للمستصنع الخيار إذا رأى المصنوع لأنه اشترى مالم يره بخلاف السلم لأنه لا فائدة في اثبات الخيار فيه لأنه كلما رده عليه أعطاه غيره لكونه غير متعين إذا سلم فيه دين في الذمة فيبقى فيها حتى يقبضه وهذا بقيد الفسخ لأنه يتعين بالاحضار ولا خيار للصانع لأنه باع مالم يره وعن أبي حنيفة أن له الخيار أيضا لأنه يلحقه الضرر بقطع الصرم وعن أبي يوسف أنه لا خيار لو أحدهم منهما أما الصانع فلما ذكرنا وأما المستصنع فلأن في اثبات الخيار له اضرا بالالصانع فربما لا يرغب فيه غيره والصحيح أن للمستصنع الخيار دون الصانع لأنه المشتري لمالم يره والصانع بائع قال رحمه الله (وللصانع بيعه قبل أن يراه) لأنه لا يتعين الاختيار للمستصنع وقبل أن يراه كان له أن يبيعه لعدم تعيينه وإذا رآه ورضى به ليس له أن يبيعه لأنه بالاحضار أسقط خياره ولزم من جانبته فإذا رضى به المستصنع ثبت للزوم في حقه أيضا قال رحمه الله (ومؤجله سلم) أي إذا أجل المستصنع صار سلما وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقال أبو يوسف ومحمد أن ضرب الاجل فيما فيه تعامل فهو استصناع وإن ضرب فيما لا تعامل فيه فهو سلم لأن الاستصناع فيما لا تعامل فيه كالتياب ونحوه لا يجوز اجتماعا فتعين حله على السلم تحجر بالجواز وأما فيما فيه تعامل كالخلف ونحوه فيجوز الوجهين لكن لفظ الاستصناع حقيقة فيه فكان محافظة قضيتها أولى ويحمل الاجل على الاستعمال لأنه محتمل يحتمل أن يكون ذكرا للتجمل ويحتمل أن يكون الاستعمال وانظر الاستصناع محكم فيه فيحمل المحتمل عليه ولأن الاستصناع عقد جائز غير لازم فبذكر الاجل لا يكون لازما كعقد الشراكة والمضاربة ولأن الاجل للترفيه وتأخير المطالبة فلا يخرج به العقد من جنس إلى جنس آخر ولو كان الاستصناع بذكر الاجل يصير سلما كان السلم بدون ذكر الاجل استصناعا ولأنه لو كان بذكر الاجل سلما كان فاسدا لأنه

(قوله الصرم) قال في المصباح والصرم بالفتح الجلد وهو معرب اه (قوله لأنه اشترى مالم يره) أي فبرده ينفسخ العقد ويعود اليه رأس ماله اه (قوله إذا أجل المستصنع صار سلما) حتى لا يثبت فيه الخيار ويشترط قبض رأس المال واستقصاء الوصف اه اتقاني (قوله فهو سلم) أي بلا خلاف اه اتقاني

باب المتفرقات

(قوله وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الكلب أصلاً) أي سواء كان للصيد أو لم يكن وأما اقتناؤه للصيد وحراسة المشاة والسيوت والزرع فيجوز بالاجماع لكن لا ينبغي أن يتخذ في داره إلا أن خاف لصوصاً أو أعداء للحدوث الصحيح من اقتنى كلباً إلا كلب صيداً ومشاة نقص من أجره كل يوم قيراط اه كمال رحمه الله قال الاتقاني وجه الاستدلال أن (١٢٥) النبي صلى الله عليه وسلم أباح الانتفاع

بكل الصيد والمشاة والزرع ورخص في ذلك فعل أن النهي كان قبل الإباحة وما يجوز الانتفاع به يجوز بيعه والكلب يمكن الانتفاع به معلماً كان أو غير معلماً أما اصطيداً أو حراسةً لأن كل كلب يحفظ البيت ويخبر عن الجاني بتباحه اه وحدث أبو بكر الرازي في شرحه المختصر الطحاوي بأسناده عن عبد الباقي بن قانع إلى جابر رضى الله عنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن نكاح الكلب والهر إلا الكلب المعلم فدل ذلك على جواز بيع الكلاب التي ينتفع بها من جهتين أحدهما أنه إذا جاز بيع الكلب المعلم جاز بيع غيره من الكلاب لأن أحدهما يفرق بينهما والثانية أن ذكره للكلب المعلم لأجل ما فيه من النفع وكل ما يبيح الانتفاع به منها فهو مشبه به ويدل لذلك أن النهي إنما يتناول الكلاب التي لا نفع فيها وإنما يتنفي فيها الهراش والتمار وحدث الطحاوي

شرط فيه عمل رجل واحد وأنه مفسد للسلم كاشتراط طعام قرية ببيعها ونحوه بخلاف ما لا تعامل فيه لانه لو لم يحمل على السلم لفسد ألا ترى أنه يفسد إذا لم يضرب له أجل فعملناه عليه ما أمكن لما ذكرنا ولا ي حنيفة أنه يحتمل السلم فكان جله عليه أولى وهذا لأن جوارزه ما على خلاف القياس الحاجة لكن جواز السلم ثبت بالكتاب والسنة المشهورة واجماع الامة فيما فيه تعامل دون ما لا تعامل فيه وجواز الاستصناع ثبت لتعامل الناس والسنة العربية في بعض الاشياء فكان جله على السلم أولى فيما احتملاه لكونه أقرب إلى الجواز ولهذا جمل عليه فيما لا تعامل فيه ما إذا ضرب له أجل لكونه أنى بحكم السلم وصريحه فكان هو المقصود والترجيح بالمقصود أولى من الترجيح باعتبار اللفظ ألا ترى أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ الاصيل كفالته والكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة وكذلك الوبايع المنافع كان اجازة ولان ضرب الاجل لتأخير المطالبة وذلك بالزوم واللزوم في السلم دون الاستصناع وذكر الصنعة لبيان الوصف فيه لا للتعين ولهذا الوجاهة وهو من عمل غيره جاز ويجوز على القبول فيما لا تعامل فيه ولا يلزم من كونه سلباً أنه كراجل أن يكون السلم استصناعاً بخلافه ألا ترى أن السكاكيد كراجل يكون متعة ولا تكون المتعة بخلاف الاجل نكاحاً ثم المراد بالاجل ما يصلح أن يكون أحلا في السلم وقد يشاقد ومن قبل وان لم يصلح فهو استصناع ان جرى فيه التعامل والافساد وهذا إذا ذكر الاجل على سبيل الاستمهال وان ذكره على وجه الاستمهال بأن قال على ان تفرغ منه غداً أو بعد غد يكون استصناعاً لانه للفراغ لتأخير المطالبة وقيل ان ذكر أدنى مدة يمكن فيها من العمل فهو استصناع وان كان أكثر من ذلك فهو سلم ويختلف ذلك باختلاف العمل فلا يمكن تقديره بشئ وعن الهندي ان ذكر كراجل ان كان من قبل المستصنع فهو الاستمهال فلا يصير سلباً وان كان من قبل الصانع فهو الاستمهال فيكون سلباً وفائدة كونه سلباً أن يشترط فيه شرائط السلم من قبض رأس المال قبل الافتراق وعدم خيار الفسخ لهما إلى غير ذلك من أحكامه على ما بينا

باب المتفرقات

قال رحمه الله (صح بيع الكلب) وعن أبي يوسف أنه لا يصح بيع الكلب الموقوف لانه لا ينتفع به فصار كالهوام المؤذية وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الكلب أصلاً نهى عليه الصلاة والسلام عن بيع الكلب وقال عليه الصلاة والسلام ان من السحت مهر البغي وعن الكلب ولانه نجس العين فصار كخنزير ولذا ما روى عن ابن عباس انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الكلب إلا كلب صيداً ومشاة وعن ابن عمر رضى الله عنهما انه عليه الصلاة والسلام قضى في كلب بأربعين درهماً ولانه مال متقوم آله الاصطيد فيصح بيعه كما يراى ألا ترى ان الشرع أباح الانتفاع به حراسةً واصطيداً فكذلك بيعاً ولانه يجوز عليك بيعه عوض كالهبة والوصية فكذلك بيعه عوض بخلاف الخنزير لانه نجس العين كاللينة ألا ترى انه لا يجوز الانتفاع به شرعاً والكلب ليس بنجس العين وبخلاف الهوام المؤذية لانه لا ينتفع بها وما رواه

في شرح الآثار عن يونس عن ابن وهب عن ابن جريح عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو أنه قضى في كل صيد قتله رجل بأربعين درهماً وقضى في كل كلب ماشية بكبس وبقيعة السباع ثبت حكمها بالقياس على الكلب والجامع كونها جارية ينتفع بها اصطيداً ونحوه اه اتقاني رحمه الله (قوله البغي الخ) والبغي الزانية قال تعالى وما كانت أملاً بغياً اه غاية (قوله والكلب ليس بنجس العين) اذ لو كان كذلك لم يحز الانتفاع به أصلاً كخنزير اه اتقاني (قوله وبخلاف الهوام المؤذية) أي من الحيات والعقارب والوزغ والقنافذ والنسب وهوام الارض جميعاً فانه لا يجوز بيعها لقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث ولعدم الانتفاع بها اه غاية

(قوله حين كان عليه الصلاة والسلام يأمر بقتل الكلاب) أي لأنها كانت تؤذي الضيفان والغرباء فنهوا عن اقتنائها فشق ذلك عليهم فأمر بقتلها ونهى عن بيعها لتحقيق الزجر عن العادة المألوفة ثم رخص لهم بعد ذلك اه (قوله ولا فرق في ذلك بين جميع أنواع الكلاب المعلم وغير المعلم) قال الاتقاني قال في الايضاح يبيع كل ذي ناب من السباع وذو مخلب من الطير جائز معلم كان أو غير معلم في رواية الاصل وقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب والتمر والاسد الى هنا لفظ الايضاح ونقل الناطقي في الاجناس من مسائل الفضل بن غانم ثم قال أبو يوسف أجيز بيع كلب الصيد والماشية ولا أجيز بيع الكلب العقور وقال محمد بن نوادر هشام يجوز بيع الكلب العقور وفي الكيسانيات قال محمد بن قنبله ضمن قيمته الى هنا لفظ الاجناس اه (قوله والصحيح الاول) صحيح في البدائع عدم الجواز قال لأنه لا يشتري للانتفاع بجلده بل للتلهي وهو حرام فكان بيع الحرام للعرا موانع لا يجوز اه (قوله وما لا يجوز من الربا) أي فلا يجوز لهم بيع درهم بدرهمين فيما بينهم ولا سلم في حيوان ولا نسيئة في صرف وكذا كل ما يكال ويوزن اه فتح (قوله لا يجوز لهم الا في الخراج) وذلك لأنهم لما قبلوا الجزية صاروا كالمسلمين فيما (١٣٦) لهم وعليهم الاخراج والخزير فانهم أقرزوا بعقد الامان على أن يكون ذلك مالا لهم

فالولم يجز تصرفهم خرج ذلك من أن يكون مالا فيه نقض الامان والربا مستثنى في عهودهم لأنه لم يقع عليه عقد الامان قال تعالى وأخذهم الربا وقد نهوا عنه وروى في الايضاح وغيره ان النبي صلى الله عليه وسلم كتب في عهودهم ومن أربى فلا عهد له اه (قوله وخذوا العشر من أثمانها) حدث أبو يوسف في كتاب الخراج في فصل من يجب عليه الجزية عن إسرائيل عن ابراهيم بن عبد الأعلى قال سمعت سويد بن غفلة يقول حضر عمر بن الخطاب واجتمع اليه عماله فقال يا هؤلاء انه بلغني أنكم تأخذون في الجزية أمانة والخزير والخزير فتقال بلال أنهم

الشافعي محمول على ابتداء الاسلام حين كان عليه الصلاة والسلام يأمر بقتل الكلاب لأنه روى عن ابراهيم أنه عليه الصلاة والسلام رخص في ثمن كلب الصيد فلفظ الرخصة يدل على الاستباح ولا فرق في ذلك بين جميع أنواع الكلاب المعلم وغير المعلم بشرط شمس الأئمة لجواز بيع الكلب أن يكون معلما أو قابلا للتعليم قال رحمه الله (والفهد والسباع والطير) لأنها حيوان يجوز الانتفاع بها شرعا وتقبل التعليم عادة فجاز بيعها والحرف ان كل منتفع به شرعا في الحال أو في المال وله قيمة نحو الخش والطفل جاز بيعه والافلا ولهذا لا يجوز بيع حبة قمح ونقطة ماء وكف من تراب لأنها لا ينتفع بها الا بقيمة لها والقيل يجوز بيعه لأنه منتفع به جلا وكوبا وفي بيع القرود وايتان عن أبي حنيفة في رواية الحسن عنه أنه يجوز لأنه يمكن الانتفاع بجلده وفي رواية أبي يوسف عنه أنه لا يجوز لأنه للتلهي وهو محظور والصحيح الاول والهرم يجوز بيعه لأنه منتفع به وكل ذي ناب من السباع وذو مخلب من الطير يجوز بيعه لما ذكرنا الا لخزير فإنه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به فكذا لا يجوز بيعه قال رحمه الله (والذي كالمسلم في بيع غير الخنزير والخزير) أقوله عليه الصلاة والسلام فأعلمهم أن لهم مالا للمسلمين ولا لهم مكلفون فيحتاجون الى تبقة أنفسهم ليعملوا أعباء التكليف كالمسلمين فيشرع في حقهم الأسباب ليمتكنوا من تحملها بامانة الأسباب لتحصيل ما تبقى به النفس حتى لا يبق لهم عذر في تضييع حقوق الله تعالى فكل ما جاز للمسلمين من البياعات كالصرف والسلم وغيرهما من أنواع التصرفات جاز لهم وما لا يجوز من الربا وغيره لا يجوز لهم الا في الخرج والخزير فان عقدهم فيها كعقد المسلم على العسر والشاة فيجوز فيها ما جاز في ممانته من السلم وغيره ولا يجوز ما لا يجوز لانهم مأمون نفيسة عندهم فيملحون بنظيرها من أموالنا وهذا لا أمرنا بأن تتركهم وما يعتدون وما بذلوا الجزية الا لذلك ولهذا قال عمر رضي الله عنه في الخرج ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها والصحابة متوافرون ولم يعرف له مخالف فصار اجابا قال رحمه الله (ولو قال يبيع عبدك من زيد بألف على أني ضامن لك مائة سوى الألف فباع صح بالف وبطل الضمان وان زاد من الثمن فالألف على زيد والمائة على الضامن) يعني زاد هذه الكلمة بأن قال يبيع عبدك

يفعلون ذلك فقال عمر فلا تفعلوا ولكن ولوا أربابها بيعها وخذوا الثمن منهم الى هنا لفظ كتاب الخراج وقال في الاصل من ولا يجوز فيما بين أهل الذمة الربا ولا يبيع الحيوان بالحيوان نسيئة ولا يجوز السلم فيما بينهم في الحيوان والدرهم بالدرهمين يدا بيد ولا النسيئة ولا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل يدا بيد وكذلك كل ما يكال أو يوزن اذا كان صنفا واحدا هم في السور كلها عتلة الاسلام ما خلا الخرج والخزير ولا أجيز فيما بينهم بيع الميتة والدم وأما الخرج والخزير فإني أجيز بيعهما بين أهل الذمة لأنهم مأمون أموال أهل الذمة أستحسن ذلك وأدع القياس فيه من قبل الأثر الذي جاء في نحو ذلك عن نحو عمر رضي الله عنه الى هنا لفظ الاصل اه اتقاني (قوله وبطل الضمان) أي لأنه رشوة على البيع لعدم المقابلة بالمبيع اه (قوله والمائة على الضامن) أي لأنه صير نفسه ضامنا حيث قال من الثمن فيجب عليه اه وكتب على قوله والمائة على الضامن ما نصه هذه من مسائل الجامع الصغير صورة المسئلة أن يطلب انسان من آخر شراء عبده بألف درهم وهو لا يبيع الا بألف وخمسة مائة والمشتري لا يرغب فيه الا بألف فيجىء آخر فيقول لصاحب العبد يبيع عبده هذا من هذا الرجل بألف درهم على أني ضامن لك خمسة مائة من الثمن سوى الألف فيقول صاحب العبد بعت كذا قال الصديق الشهيد ولولم يوجد باء ولا مساومة

ولكن إيجاب البيع بألف حصل عقيب ضمان الرجل كان كذلك استحسانا ويكون (١٢٧) البيع بعده دلالة على القبول لانه

امثال لذلك كقول الرجل لامرأته طلق نفسك ان شئت فقالت قد طلقك يجعل قبوله استحسانا فكذلك هذا كذا قال نخر الاسلام اه اتقاني (قوله أحدهما أن الزيادة) أي في الثمن والثمن اه غاية (قوله فان قال من الثمن الخ) وأورد العتاني في هذه المسئلة سؤالا وجوابا فقال فان قيل اذا قال من الثمن كيف يكون ثمننا ولم يدخل في ملكه شيء من المبيع وكذلك هذا بيع ثمن على غير المشتري وانه فاسد قلناه الثمن متى وجب مقصودا يشترط أن يكون في ملكه شيء من المبيع وهذا ثبتت الزيادة تبعا وصادرا كالزيادة في الثمن بعد البيع وليس هذا ببيع بالثمن على غير المشتري مقصودا بل البيع مقصودا بألف على المشتري وهذه زيادة ثبتت تبعا على غير المشتري وهذا جائز كالزيادة في الثمن بعد البيع اه اتقاني فان قيل لو ثبتت الزيادة ثمننا واللاجبي ضامن بها لزم جواز مطالبة المشتري بها كالكفيل قلنا لا يلزم من صحة الكفالة توجبه المطالبة على الاصيل الا ترى من قال زيد على فلان ألف وأنا كفيل بها

من زيد بألف على اني ضامن لك مائة من الثمن سوى الالف فانه يصح ويكون الالف على المشتري والمائة على الضامن وقال زفر والشافعي رحمه الله لا تصح الزيادة ولا تلزم وهذا مبني على شيئين أحدهما ان الزيادة تصح وتطرق بأصل العقد عندنا وعندهم لا تصح وقد بينا وجه المذهبين من قبل والثاني أن أصل الثمن لم يشرع بغير مال يقابله حتى لا يصح اشتراطه على غير المشتري اذ لا يستقيم بأزائه ما لا يقابله وفصل الثمن يستغنى عن مال يقابله حقيقة الا ترى ان الزيادة تجوز من المشتري وان لم يسلم له بمائة بالتمشي فكذا تجوز من الاجنبي اذا لم يسلم له شيء فصارت قطري بدل الخلع فانه يجوز اشتراطه على الاجنبي كما يجوز اشتراطه على المرأة اذ لا يسلم لها شيء بمقابلته البذل لان البضع لا يتقوم حاله الخروج فاستوى بانيه فكذا هذا السكن من شرط صحة الزيادة أن توجد المقابلة تسمية وصورة حتى تجب حسب وجوب الثمن بواسطة المقابلة صورة وان لم تقابل حقيقة الا ترى انه لو باع شيئا بأضعاف قيمته يجوز ان لم يقابل ما زاد على قيمته مال حقيقة وانما يقابل صورة وتسمية فاذا كان من شرطها المقابلة صورة فان قال من الثمن فقد وجد شرطها فتصح وان لم يقبل لم يوجد شرطها فلا تصح لانه يكون التزاما للمال ابتداء وهو رشوة لانه يبيعه وهو حرام فلا يصح فصارا لأصل ان كل ما يحصل فيه الاصيل بمقابلته شيء من البذل لا يجوز اشتراط البذل على الاجنبي وان لم يحصل يجوز لاستوائهما في عدم الحصول فاذا جازت الزيادة من الاجنبي لا يرجع بها على المشتري ولا تظهر في حق البائع وفي حق الشفيع والمرابحة حتى اذا أخذ البائع الالف من المشتري لا يحبس المبيع لأجل المائة ورايح على الالف لانه قام عليه به وبأخذ الشفيع بالالف لان الزيادة لم تثبت في حقه وان كانت من المشتري لعدم ولا يتهم عليه ولو تقايلا البيع فلا اجنبي أن يسترد الزيادة لانهم من الثمن وفي قياس قول أبي يوسف لا يسترد لان الاقالة عنده بيع جديد وكذا لو رده بعيب بغير قضاء وان كان بقضاء يسترد لكونه فضايا بالاجماع ولو ضمن الزيادة بأمر المشتري ظهرت في حق الكل حتى يرجع الضامن بها على المشتري ورايح عليها وعلى الالف ولا يطالب المشتري بالزيادة وان كان بأمره لانه لما نفذت من جهته صار هو وكفيلها فيها فترجع الحقوق اليه اولانه لم يلتزمها وانما التزمها الاجنبي فيطالب بها هو وحده وهذا كالكفيل بالشراء يطالب هو فقط ثم هو يرجع به على الموكل فكذا هذا ولو رده بعيب أو تقايلا لزيادة على الضامن فقط لانه أخذها منه دون المشتري وذكري الكافي أن الشفيع يأخذها بالالف ومائة فلهما ظاهرة في حقه أيضا ولا يقال هذا مشكل فان الزيادة اذا كانت من المشتري نفسه لم تظهر في حق الشفيع حتى كان له أخذها بأصل الثمن من غير زيادة. كيف يجب عليه الزيادة بزيادة الاجنبي والمشتري لم يلتزمها على ما بينا الا نقول هذه زيادة ذكرت في العقد فصارت من جملة الثمن بخلاف الزيادة بعد العقد ولو لم يقل سوى الالف بأن قال بعه بألف على اني ضامن لك مائة من الثمن يصير كفيل لاجتماعه من الثمن الذي هو الالف ولا تثبت الزيادة لانه يتعذر رجعه الزيادة على الالف حيث لم يقل سوى الالف ويمكن أن يجعل من الثمن الواجب على المشتري فجعل منه ثم اذا أدى رجوع عليه ان كان بأمره والا فلا وقد عرف في موضعه فصارت في الحاصل للمسئلة ثلاث صور احدها أن يقول بعه بألف على اني ضامن لك مائة سوى الالف من الثمن والثانية أن يقول سوى الالف والثالثة أن يقول بعه بألف من الثمن وقد ذكرنا الثلاثة وحكمها فافهم وهذا كله فيما اذا كانت الزيادة في العقد وأما اذا زاد الاجنبي بعد العقد فانه لا يجوز الابحازة للمشتري أو يعطى الزيادة من عنده أو يضمها أو يضيفها لنفسه وان زاده بأمر المشتري جاز ولا يلزمه شيء والمال لازم للمشتري لانه سفير فيه ومعه فلا يلزمه الا بالضمنان وهو تطير الخلع والصلح وانما سفير الاله لا يخلو عن اضافته الى المشتري بأن يقول زدك على عن العين التي اشتراها منك فلان ولا يمكنه اضافته اليه كخلع فلا يكون مباشرا وان كان بأمره بل رسولا قال رحمه الله

فإنكر فلان طوب الكفيل به دون فلان فجاز هذا كذلك وذلك لان المشتري لم يلتزمها وانما التزم هذا القدر من الثمن لاجنبي والحكم لا يثبت بلا سبب اه كمال رحمه الله تعالى

(قوله لوجود الملك في الرقبة على الكمال) أي بخلاف ما لو ملكها لأعلى الكمال كما في ملك نصفها لا يملك التزويج به اه كمال رحمه الله (قوله بخلاف البيع) أي لو ورد النهي في ذلك والنكاح ليس ببيع ولا في معناه فلا يثبت حكم البيع فيه ألا ترى أن البيع ينفسخ بهلاك المعقود عليه بخلاف النكاح اه اتفاقاً قال الكمال والنكاح لا ينفسخ بهلاك المعقود عليه أعني المرأة قبل القبض اه (قوله كأنه فعله بنفسه الخ) ولو وطئها المشتري كان قابضاً فكذلك الزوج اه كمال (قوله وان لم يطأها لا يكون قبضاً الخ) حتى لو هلكت بعد التزويج قبل القبض هلكت من مال البائع اه فتح (قوله والقياس أن يكون الخ) وهو رواية عن أبي يوسف اه فتح (قوله بنفس التزويج) حتى لو هلكت بعد ذلك هلكت من مال المشتري اه فتح (قوله لأنه تعيب) أي وبالتعيب يصير قابضاً اه اتفاقاً (قوله فصار كتمقصان السعر) أي بخلاف الفعل الحسي كأنه غائب عنها مثلاً وقطع يدها فإنه إنما يصير به قابضاً لما فيه من الاستيلاء على المحل واستشكل على هذا الاتفاق والتدبير فإنه بما يصير قابضاً (١٢٨) وليس باستيلاء على المحل بفعل حسي والجواب أنا قلنا ذلك فيما يكون نفس الفعل قابضاً فاعني أن الفعل الذي يكون قبضاً هو الفعل الحسي الذي يحصل الاستيلاء والعقود الخاص بالعتق ضروري ليس مما نحن فيه وذلك أنه انتهاء الملك ومن ضرورة انتهاء الملك كونه قابضاً والتدبير من واديه لأنه يثبت حق الحرية للتدبير ويثبت الولاء وهذا إذا صح النكاح قبل القبض فلو انتقض البيع بطل النكاح في قول أبي يوسف خلافاً لمحمد قال الأصدر الشامي والمختار قول أبي يوسف لأن البيع متى انتقض قبل القبض انتقض من الأصل فصار كأن لم يكن وصار النكاح باطلاً وقيد القاضي الامام أبو بكر بطلان النكاح بطلان البيع قبل القبض عما إذا لم يكن بالموت حتى لو مات

(ووطئ زوج المشترة قبض لا عقده) يعني لو اشترى أمة وزوجها المشتري قبل القبض صح النكاح لوجود الملك في الرقبة على الكمال بخلاف البيع لأنه يبطل بالغرر ويشتري فيه القدر على التسليم بخلاف النكاح ألا ترى أن تزويج الأبق يجوز دون بيعه ثم إذا جاز النكاح فإن وطئها كان قبضاً لها لان الوطء من الزوج حصل بتسليم المشتري فصار منسوبة إليه كأنه فعله بنفسه وان لم يطأها لا يكون قبضاً لها استحساناً والقياس أن يكون بنفس التزويج لأنه تعيب حكى ألا ترى أنه لو وجد المشترة مزوجة ردها بالتعيب فصار كالتدبير والاعتاق وكالوطء وجه الاستحسان أنه لم يتصل بها من المشتري فعل يوجب نقصاناً في الذات وإنما هو تعيب من طريق الحكم على معنى أن رغبات الناس تقل فيها فائدة نقص الثمن لاجلها فصار كتمقصان السعر بخلاف الوطء لأنه فعل حسي اتصل بها فأوجب نقصاناً في ذاتها لان منافع البضع ملحق بالجزء ولهذا تضمن بالانكاح فصار كالأول تلف عضو وانما بالقطع ألا ترى أنه لو أقر المشتري بدين على العبد المشتري قبل القبض لا يكون قبضاً وان تعيب من جهة ما يوجب الدين عليه حكوا وهذا مثله بخلاف التدبير والاعتاق لان المألية قد تلفت بثبوت حقيقة الحرية أوحقه ومن ضروره بصير قابضاً قال رحمه الله (ومن اشترى عبداً فغاب فيه من البائع على بيعه وغيبته معروفة لم يبيع بدين البائع والايبيع بدينه) أي إذا اشترى شخص عبداً فغاب المشتري قبل القبض وأقام البائع البينة أن هذا العبد كان له وباعه من فلان وغاب قبل أن ينفذ الثمن وطلب من القاضي أن يبيعه بدينه فان غاب المشتري غيبته معروفة لم يبيعه القاضي بدينه لأنه يتوصل الى حقه بدون بيعه بالذهب اليه فلا حاجة الى بيعه لان فيه إبطال حق المشتري في العين وان لم يدركه هو أجابه القاضي في المنقول أن أقام بيته لان البينة هنا ليست للقضاء على غائب وانما هي لنفي التهمة وانكشف الحال لان القاضي نصب ناظر الكل من عجز عن النظر ونظرهما في بيعة لان البائع يصل به الى حقه ويرأى من ضمانه والمشتري أيضاً تبرأ ذمته من دينه ومن تراكم نفقته فإذا انكشف الحال عمل القاضي بموجب اقراره فلا يحتاج فيه الى خصم حاضر وانما يحتاج اليه اذا كانت البينة للقضاء وهذا لان العبد في يده وقد أقر به للغائب على وجه يكون مشغولاً بحقه فيظهر الملك للغائب على الوجه الذي أقر به ولا يقدر البائع أن يصل الى حقه فيبيعه القاضي احياء لحقه كالأمر ان اذامات والمشتري اذامات مفلساً قبل القبض بخلاف ما اذا غاب المشتري بعد القبض حيث لا يحبس له الحاكم

الجارية بعد النكاح قبل القبض لا يبطل النكاح وان بطل البيع اه كمال رحمه الله (قوله في المتن ومن اشترى عبداً الخ) لان وانما وضع المسئلة في العبد لا في الدار لان في الدار لا تعرض القاضي لذلك ولا يبيعه فان القياس أن لا يجوز في العبد لأنه يجوز في العبد استحساناً لتسقط النفقة عن البائع ولا يحتاج الى النفقة في الدار كذا ذكر شيخ الاسلام وقال الثوري في وضع المسئلة في المنقول لان القاضي لا يبيع العقار على الغائب اه (قوله لان فيه ابطال حق المشتري في العين) أي المبيعة من غير ضرورة اه (قوله وان لم يدركه هو) تعين أن الغيبة المعروفة أن يعلم أين هو اه فتح (قوله ونظرهما) أي البائع والمشتري اه (قوله وهذا لان العبد في يده وقد أقر به) قال الكمال وقول المصنف في تحليل بيع القاضي لان ملك المشتري ظهر بأقراره يعني بأقرار البائع فيظهر على الوجه الذي أقر به وهو كونه مشغولاً بحقه تعين أن البيع من القاضي ليس بهذه البينة لأنها لا تقام لأبواب الدين على الغائب فما هي الا لكشف الحال ليبيعه القاضي الى البيع نظر الغائب لا يثبت الدين عليه فإنه لو لم يفهم بحقه الى ذلك اه

(قوله لان حقه غير متعلق به) أي بل هو دين في ذمة المشتري والبينة حينئذ لا ثبات الدين ولا يثبت دين على غائب فلا يتمكن القاضي من البيع وقضاء الدين وهذا طريق الامام السرخسي وتقرير شيخ الاسلام يشعر بخلافه حيث قال القياس أن لا تقبل هذه البينة لانها لا ثبات حق على الغائب وليس ثم خصم حاضر لا قصدي ولا حكلي فهو كمن أقامها على غائب لا يعرف مكانه لا تقبل وان كان لا يصل الى حقه وفي الاستحسان تقبل لان البائع يحجز عن الوصول الى الثمن وعن الانتفاع بالمبيع واحتاج الى أن يتفق عليه الى أن يحضر المشتري وربما تروى النفقة على الثمن والقاضي ناظر لحياء حقوق الناس فكان للقاضي أن يقبلها لدفع البلية بخلاف ما لو أقامها البتة حقا على الغائب لينزع شيئا من يده لا يقبلها والاجماع في مثله لدفع البلية عن البائع (١٣٩) وليس فيه ازالة الغائب عما في يده

لان البائع يستوفي حقه مما في يده اه كمال رحمه الله (قوله في المتن حتى ينقد شريكه) قال في الصحاح نقده الدراهم ونقدته الدراهم أي أعطيته فأنقدها أي قبضها ونقدت الدراهم وأنقدها اذا أخرجت منها الزيف اه وعلى هذا فنقد بالمعنى الاول يتعدى الى مفعولين أحدهما بنفسه والثاني تارة بنفسه وتارة بحرف الجر فيكون نقده بركلام المصنف حتى ينقده شريكه الثمن بحذف المفعولين أو ينقده شريكه الثمن والله أعلم اه (قوله قبل القبض) أي قبل اعطاء الثمن فالحاضر لا يملك قبض نصيبه لا ينقد جميع الثمن بالانفاق لان للبائع الحبس بكل الثمن اه (قوله وهو أجنبي عن نصيبه) أي لانه ليس بوكيل عنه اه (قوله فصار كغير الرهن) أي اذا أفلس الراهن وهو

لان حقه غير متعلق به ولا يقال هذا بيع قبل القبض وهو غير جائز فكيف يباع لانه قول من مشايخنا من قال ان القاضي بوكيل من يقبضه ثم يبيعه وفيه نظر لما فيه من ابطال يد البائع قبل ايفاء الثمن والاوجه أن يقال ان البيع هنا ليس بقصود وانما المقصود احياء حقه وفي ضمنه يصح بيعه لان الشيء قد يصح ضمنا وان لم يصح قصدا ثم اذا باع وأوفى عنه فان فضل شيء من دينه عسكه للمشتري الغائب لانه بدل ملكه وان لم يف بالدين وبقي شيء منه تبعه البائع اذا ظفر به قال رحمه الله (ولو غاب أحد المشتريين للحاضر دفع كل الثمن وقبضه وحسبه حتى ينقد شريكه) يعني اذا اشترى رجلان شيئا فغاب أحدهما قبل القبض يكون للحاضر دفع كل الثمن وقبضه كله ثم اذا حضر شريكه فله أن يحسبه عنه حتى ينقده وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وقال أبو يوسف اذا نقد الحاضر الثمن لا يأخذ الا نصيبه بطريق المهايأة وكان متبرعا فيما أدى عن صاحبه فصار الخلاف في مواضع أحدها في قبض جميع المبيع على تقدير ايفاء الثمن كله والثاني في حبس نصيب الغائب عنه اذا حضر والثالث في الرجوع عليه بما أدى والرابع في اجبار البائع على قبول ما آذاه الحاضر من نصيب الغائب عندهما يجبر وعنده لا يجبر والخامس في اجبار البائع على تسليم نصيب الغائب من المبيع الى الحاضر عند ايفاء الثمن كله فعندهما يجبر وعنده لا يجبر لأبي يوسف أن الحاضر قضى دينه على الغائب بغير أمره فكان متبرعا فيه ولا يجبر ولا رجوع في التبرعات وهو أجنبي عن نصيبه فلا يقبضه ولهذا لو كان حاضرا يكون متبرعا بالاجماع ولو كان مضطرا لمّا اختلف بين حضرته وغيبته كالمكيل بالشراء وكغير الرهن وصاحب العلوق قضاء الدين وبناء السفل وله ما أن الحاضر مضطرا الى أداء كل الثمن لان البائع حق حبس كل المبيع الى أن يستوفي كل الثمن فلا يكون متبرعا مع الاضطرار الى قضاء نصيب شريكه لصل الى الانتفاع بنصيبه فصار كغير الرهن وصاحب العلوق المكيل بالشراء اذا أدى الثمن من ماله وانما اختلف بين حضرته وغيبته لانه كالمكيل عن صاحبه من وجه من حيث ان ملك الغائب ثبت بقبول الحاضر لان من باع شيئا من شخصين لا يثبت الملك لكل واحد منهما الا بقبول الآخر وليس بوكيل من وجه من حيث ان كل واحد منهما مالاطالب بما يخص صاحبه من الثمن فأشبهه الاجنبي والاصل أن الشيء متى تردد بين شيئين فوفر عليه حفظه فاشبهه بالاجنبي يكون متبرعا عند حضوره ولشبهه بالمكيل يكون مضطرا عند غيبته وهذا أولى من العكس لانه في حالة الحضرة يمكنه أن يخصه الى الحكم فلا يكون مضطرا وفي حال غيبته لا يمكنه جعل مضطرا فيرجع بالثمن ويحبس المبيع به كالمكيل بخلاف ما استشهد به من المكيل وغيره لانه مضطرا محض وليس بتردد بين شيئين فلا يختلف حكمه قال رحمه الله (ومن باع أمة بألف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان) لانه أضاف

(١٧ - زيلعي رابع) المستعير أو غاب اه (قوله يمكنه أن يخصه الى الحكم) أي في أن ينقد حصته ليقبض نصيبه اه (قوله في المتن ومن باع أمة بألف الخ) قال الكمال ويشترط بيان الصفة من الجوده وغيرها اه (قوله في المتن فهما نصفان) هذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يقول للرجل أبيعك هذه الجارية بألف مثقال ذهب وفضة قال هذا نصفان خسمائة مثقال ذهب وخسمائة مثقال فضة وقوله أبيعك مساومة لايجاب قالوا وانما وجب التصيف ولم يترج الذهب لاختصاصه بالثاقيل ولم يترج الفضة لكونها غالبية في المبيعات لانهم لما تعارضوا لم يوجد المرجح صير الى قضية الاضافة والبيان فوجب من كل واحد نصفه لعدم أولوية أحدهما على الآخر وكذلك لو قال بعثك بألف من الدراهم (١)

(١) هكذا بياض بالاصل

(قوله) أو أنفقها ثم علم بالعيب الخ) ههنا خمس مسائل احداها هذه الثانية كفل بالحياد ونقد الزئوف رجع بالحياد الثالثة اشترى بالحياد ونقد الزئوف يبيعه مرابحة على الحياد الرابعة اشترى الدار بالحياد ونقد الزئوف فالشفعة بالحياد الخامسة حلف لا يقضين حقه اليوم وعليه جياذ فقطضى زئوفاً ر اه قنية في الشفعة قوله فقطضى زئوفاً ر قال السكال وفي الاجناس اشترى بالحياد ونقد الزئوف ثم حلف أنه اشترها بالحياد قال أبو جعفر لا يحتج وقال أبو يوسف يحتج اه (قوله وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يرد الخ) قال الاتقاني وقوله ما هو القياس وقول أبي يوسف هو الاستحسان اه (قوله في المتن أو تنكس ظبي في أرض رجل) أي دخل كناسه والكناش بيت الظبي وفي بعض (١٣٠) النسخ تنكس أي وقع فيها فتكسر ويحترق به عمالو كسره رجل فيها فانه لذلك الرجل

المتقال اليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما ما خمسمائة مثقال لعدم الاولوية فيصير كأنه قال بعتك بخمسمائة مثقال ذهب وخمسمائة مثقال فضة بخلاف ما اذا اشترى جارية بألف من الذهب والفضة حيث يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم لانه اضاف الالف اليها ما فينصرف الى الوزن المعهود من كل واحد منهما وعلى هذا لو قال لقان على كرحنطة وشعير ومسم يجب عليه من كل جنس ثلث الكرو وهذا قاعدته في المعاملات كلها كالمهر والوصية والوديعة والغصب والاجارة وبدل الخلع وغيره من الموزون والمكيل والمعدود والمذروع قال رحمه الله (وان قضى زئوف عن جيد وتلف فهو قضاء) يعني اذا كان له على آخر دراهم جياذ فقطضاه زئوفاً وهو لا يعلم فهل كنت أو أنفقها ثم علم بالعيب فهو قضاء فلا يكون له غير ذلك وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يرد مثله زئوفه ويرجع بالحياد لان حق صاحب الدين مرعى من حيث الوصف كما راعى حقه من حيث القدر الا أنه يتعذر عليه الرجوع بمجرد الجودة لانها وصف لقيام لها بذاتها والقيمة لها اذا قبلت بتجنسها فتعين رد مثله المقبوض والرجوع بالحياد ولهما أن المقبوض من جنس حقه حتى لو تجاوز به في الصرف والسلم جاز ولو لم يكن من جنس حقه لما جاز لكونه استبداداً وهو حرام في الصرف والسلم فاذا كان من جنس حقه استيفاء فلم يبق له الا الجودة وهي لقيمة لها عند المقابلة بالجنس ولا يمكن تداركها باليجاب الضمان عليه لان القضاء عليه بالضمان حقه له متمنع ولان الجودة تتبع فلا تنقض القبض في الاصل لاجله كيلا ينعكس فيكون الاصل تبعاً والتبع أصلاً بخلاف الراهن اذا تلف الرهن أو المولى اذا تلف ملك عبده المأذون المدين حيث يجب عليه ما الضمان وان كان المضمون ما سكا لهما لان الضمان هنالك لاجل حق الغير وهو المرتين والغرماء فلم يكن الايجاب عليه لحقه قال رحمه الله (وان أفرخ طيراً أو باض أو تنكس ظبي في أرض رجل فهو لمن أخذته) لانه مباح سبقت يده اليه فكان أولى به لقوله عليه السلام الصيد لمن أخذه والبيض صيد ولهذا يجب على المحرم الجزاء بكسره وشبهه قال الله تعالى ليسوا بكم الله بشئ من الصيد تناله أيديكم ورماحكم أي البيض والفرخ وهذا اذا لم تكن أرضه مهيأة لذلك فان كانت مهيأة فلا صطياد فهو له لان الحكم لا يضاف الى السبب الصالح الا بالقصد الا ترى أن من نصب شبكة للجفاف فتعقل بها صيداً وحفر بئر الماء فوقع فيه صيد لا يملكه ولا يجب عليه الجزاء ان كان محرماً وان قصد به الاضطهاد ملكه ووجب عليه الجزاء ان كان محرماً وعلى هذا التفصيل لو دخل صيد داره أو وقع ما نثر من الدراهم في شياه بخلاف معسل النحل في أرضه حيث ملكه وان لم تكن أرضه معدة لذلك لانه من أنزال الأرض حتى يملكه به اهـ كالا شجار النسابة والتراب المجتمع فيها لجران الماء وان لم تكن معدة ولهذا يجب في العسل العشر اذا

لا لا آخذ ولا يحتص بصاحب الارض اه كمال رحمه الله قال الاتقاني رحمه الله وأراد بقوله تنكس استتر اه وقال الاتقاني ونقل الفقيه أبو الوليث عن الرقيات مسائل نحو هذا قال قال محمد لو أن رجلاً اتخذ حظيرة في أرضه فدخل الماء واجتمع فيه السمك فقد ملك السمك وليس لاحد أن يأخذه ولو اتخذ لحاجة أخرى فن أخذ السمك فهو له قال وكذلك لو حفر في أرضه حفيرة فوقع فيها صيد فتكسرها فان اتخذ ذلك الموضع للصيد فهو له وقدم ملكه وان لم يتخذ ذلك للصيد فهو لمن أخذه وكذلك لو أن رجلاً وضع صوفاً على ظهر بيت جفاء المظرفا بسل ثم أن رجلاً عصره وأخرج منه الماء هل له أن يسترد قال ان كان وضعه لاجل ماء المظرفه أن يسترد منه وان كان

وضعه لغيره لم يكن له أن يسترد وذكر الفقيه أبو الوليث أيضاً في كتاب العيون في باب الصيد ولو أن صيداً باض في أرض أخذ رجل أو تنكس فيها الجوارجل يأخذه منه صاحب الارض فان كان منعه اياه في موضع بقدر صاحب الارض على أخذه فريامنه كان الصيد لرب الارض فنعمة منه كأنه أخذه بيده وان لم يكن بحضوره لا يملكه ولو أن صيداً دخل دار رجل فأغلق عليه الباب فان يقدر على أخذه بغير صيد فقد ملكه ولو أنه أغلق الباب ولم يرد به الصيد ولم يعلم فلا يملكه فاذا خرج منه فهو لمن أخذه اه (قوله لو دخل صيد داره) قال السكال وكذا اذا دخل الصيد داره ولم يعلمه فأغلق باباً فهو لمن أخذه وان علم به فأغلق الباب عليه أو سد الكثرة وكذا اذا وقع في ثياب النثار من السكر أو الدراهم فهو لمن أخذه ما لم يكف ثوبه على الساقط فيه اه (قوله أنزال) بفتح الهمزة والآنزال جمع نزل يقال طعم كثير النزل والمنزل أي الربيع وهو الزيادة اه اتفاقاً

(قوله في المتن ما يبطل بالشرط الفاسد الخ) قال العيني أربعة عشر على ما ذكره الشيخ اه (قوله والاجارة والاجارة) كذا في المتن وشرح عليه العيني اه وكتب على قوله والاجارة ما نعه قال الشيخ فاسم في شرح النقاية وفي تعليقه ما هي الاجارة بالشرط اختلاف المشايخ ايضا قال صاحب المحيط اذا قال اذا جاء رأس الشهر فقد أجزأتك هذه الدار بكذا يجوز وان كان فيه تعليق وعليه الفتوى وهو قول أبي الليث وأبي بكر الاسكاف وقال الصغار لا يصح لانه تعليق التملك بعوض وعواختيار ظهر للدين اه قال في فتاوى قاضيان في أول كتاب الاجارة رجل قال لغيره أجزأتك داري هذه رأس الشهر كل شهر بكذا جاز في قولهم ولو قال اذا جاء رأس الشهر فقد أجزأتك هذه الدار كل شهر بكذا قال الفقيه أبو الليث وأبو بكر الاسكاف يجوز ذلك وقال الفقيه الصغار لا يجوز لانه تعليق التملك بعوض فلا يصح كالمعلق بالشرط آخر والذي يؤيد قوله ما ذكر في الجامع رجل حلف أن لا يحلف ثم قال لا امر أنه اذا جاء غدا فانت طالق كان حاشا في يمينه وهذا يؤيد قوله والذي يؤيد قول الفقيه أبي الليث ما ذكر في المنتقى رجل له خبار الشرط في البيع فقال أبطلت خيارى (١٣١) غدا أو قال أبطلت اذا جاء غدا كان ذلك جازا قال وليس هذا كقوله

ان لم أفعل كذا فقد أبطلت خيارى فان هذا لا يصح لان هذا وقت يجب لمحاللة ولو أجزأه كل شهر بكذا ثم قال اذا جاء هذا الشهر فقد أبطلت الاجارة قال الفقيه أبو بكر البجلي كما يصح تعليق الاجارة لمجيء الشهر يصح تعليق فسخها لمجيء الشهر وغيره من الاوقات ومسئلة المنتقى تعليق ابطال الخيار يؤيد قوله وقال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله قال بعض أصحابنا رحمه الله اضافة الفسخ الى الغد وغيره من الاوقات صحيح وتعليق الفسخ لمجيء الشهر وغير ذلك لا يصح والفتوى على قوله اه قلت وحاصل ما ذكره في شرح النقاية أن الفتوى

أخذ من أرض العشر قال رحمه الله (ما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه بالشرط البيع والقسمه والاجارة والاجارة والرجعة والصلح عن مال والابراء عن الدين وعزل الوكيل والاعتكاف والمازعة والمعاملة والاقرار والوقف والتحكيم) والاصل فيه أن كل ما كان مبادلة مال بمال يبطل بالشرط الفاسد لما روى انه عليه السلام نهى عن بيع وشرط وما كان مبادلة مال بغير مال أو كان من التبرعات لا يبطل بالشرط الفاسد لان الشروط الفاسدة من باب الربا وهو يختص بالمعوضة المالية دون غيرها من المعاوضات والتبرعات لان الربا هو الفضل الخالي عن العوض وحقيقة الشروط الفاسدة هي زيادة ما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه فيكون فيه فضل خال عن العوض وهو الربا بعينه ولا يتصور ذلك في المعاوضات غير المالية كالتكاح والطلاق على مال والخلع ونحو ذلك ولا في التبرعات فيبطل الشرط ويصح تصرفه فيه ألا ترى أنه عليه السلام أجاز العمرى وأبطل الشرط وأصل آخر ان التعليق بالشرط المحض لا يجوز في التملكات لانه من باب القمار وانه منهي عنه وما هو من باب الاسقاط المحض الذي يحلف به يجوز تعليقه مطلقا وذلك مثل الطلاق والعتاق وما هو من باب الاطلاقات والولايات يجوز تعليقه بالشرط الملامم وكذا التبرعات قال عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه وأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم زيد بن حارثة في غزوة فقال ان قتل زيد فجعفر وان قتل جعفر فعبدة الله بن رواحة ورواه البخاري فاذا عرفنا هذا جئنا الى ما ذكر في الكتاب فنقول البيع معاوضة مال بمال فيفسد بالشرط الفاسد لما روى ان لا يجوز تعليقه بالشرط مطلقا ان كان الشرط بكلمة ان بان قال بعت منك ان كان كذا أو يبطل البيع به سواء كان الشرط نافعا أو ضارا الا في صورة واحدة وهو ان يقول بعت منك هذا ان رضيت فلان به فانه يجوز اذا وقته بثلاثة أيام لانه اشتراط الخيار الاجنبى وهو جائز على ما بيناه من قبل وان كان الشرط بكلمة على فان كان الشرط مما يقتضيه العقد أو يلائمه أو فيه أثر أو جرى التعامل به كما اذا شرط تسليم المبيع أو الثمن أو التأجيل أو الخيار لا يفسد البيع ويجوز الشرط وكذا اذا اشترى النعل على أن يحذوها البائع وان كان الشرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولا العادة جرت به فان كان في الشرط منفعة لاهل الاستحقاق فسد البيع والا فلا وقد بيناه من قبل والقسمه والاجارة تملك أما الاجارة فظاهر لان فيها

على صحة تعليق الاجارة كما اذا قال اذا جاء رأس الشهر فقد أجزأتك هذه الدار بكذا واستفيد مما ذكره قاضيان أن الفتوى على ان اضافة الفسخ الى الغد وغيره تصح وأن تعليق الفسخ لمجيء الشهر وغيره لا يصح اه (قوله وعزل الوكيل الخ) وأما تعليق الوكالة بالشرط فهل يجوز ينظر في الكثر في كتاب المكاتب اه (قوله فيفسد بالشرط الفاسد) قال العيني فاذا باع عبدا وشرط استخدام شهر أو باع دارا على أن يسكنها فالبيع فاسد كامر اه (قوله ولا يجوز تعليقه بالشرط الخ) لان تعليق التملك لا يصح اه (قوله أو يلائمه) أى كل رهن والكفالة لانهما اللوثيقة والنأ كيد بجانب الاستيفاء والمطالبة لان استيفاء الثمن مقتضى العقد ومؤ كدمه ملائم له اذا كان معلوما بان كان الرهن والكفالة معينين اه ذكره الشارح رحمه الله في باب البيع الفاسد اه (قوله لاهل الاستحقاق) وأهل الاستحقاق هو البائع والمشتري والمبيع الآدمى والاجنبى اه ذكره الشارح في البيع الفاسد اه (قوله والقسمه الخ) قال العيني بأن كان لبيت دين على الناس فاقسموا التركة من الدين والعين وشرطوا أن يكون الدين لاحدهم والعين للباقيين فهذا فاسد وصورة تعليقه بالشرط بان اقتسموا الدار وشرطوا فيها رضا فلان فهذا فاسد ايضا لان القسمه فيها معنى المبادلة فصار كالبيع فيبطل بالشرط الفاسد اه (قوله والاجارة) قال العيني بان أجزأه

بشرط أن يقرضه المستأجر أو يهدى إليه أو أجره أباهان قدم زيد اه (١) وقوله والاجازة بالراي بان باع الفضولى عبد فلان فقال أجزته بشرط أن يقرضنى أو يهدى الى أو علق اجازته بشرط بان قال أجزت البيع ان رضى فلان لان الاجازة بيع معنى (قوله والرجعة) قال العيني بان قال الملقته الرجعة راجعتك على أن تقرضنى كذا أو ان قدم زيد لانهم استدأمة الملك فيكون معتبرا با بدائه فكذا لا يجوز تعليق ابتدائه فكذا لا يجوز تعليقها أيضا اه وصورة أخرى لفساد الرجعة بالشرط الفاسد بان قال راجعتك ان انقضت عدتك فانها تفسد لانها لا تصح الا في العدة اجماعا (قوله والصلح عن مال بمال) قال العيني بان قال صالحك على أن تسكننى في الدار سنة مثلاً أو ان قدم زيد اه وكتب على قوله والصلح عن مال بمال ما نصه كقوله اذا جاء غدة قدر راجعتك وكذا لا يجوز اضافتها بان يقول راجعتك غدا اه وكتب ما نصه صورة فساد الصلح عن مال بالشرط الفاسد بان ادعى على رجل مالا معلوما وأقر المدعى عليه أو أنكر فصالح المدعى عليه بشرط أن يقبل المدعى عبد المدعى عليه الأبق لاجل ما ادعى فقبل يكون الصلح فاسدا بناء على أن هذا شرط فاسد لكونه مخالفا لمقتضى العقد اذ الصلح عن مال بمال بيع فى حق المدعى مطلقا والقدرة على تسليم المبدل شرط جواز ولا قدرة هنا فيكون الصلح فاسدا وتعليقه بالشرط بان قال صالحك على كذا اذا جاء رأس الشهر وقبل الاخر فانه لا يجوز لانه فى معنى البيع اه (قوله والابراء عن الدين) قال العيني بان قال أبرأتك عن دينى على أن تخدمنى شهر أو ان قدم فلان اه وقال بعضهم صورة فساد الابراء عن الدين بالشرط الفاسد بان قال لمدىونه أبرأتك عن دينى بشرط أن تلى النصارى رد الابراء (١٣٣) فى أى وقت شئت وصورة تعليقه بالشرط بان قال لمدىونه أو كفيله اذا أدبت الى كذا أو متى أدبت أو ان أدبت

تلك المتفعة والاجرة والقسمة فيها معنى المبادلة فصارا كالبيع والرجعة استدأمة الملك فيكون معتبرا با بدائه فلا يجوز تعليق بالشرط كما لا يجوز تعليق ابتداء الملك به والصلح عن مال بمال معاوضة مال بمال على ما يذكر فى الصلح ان شاء الله تعالى فيكون بيعا والابراء عن الدين تلك من وجه حتى يرتد بالرد وان كان فيه معنى الاسقاط فيكون معتبرا بالتلكات فلا يجوز تعليق بالشرط وعزل الوكيل والاعتكاف ليسا مما يحلف به فلا يجوز تعليقهما بالشرط والمعاملة وهى المساقاة والمزارعة اجارة لان من يحجزهما لم يحجزهما الا على اعتبار الاجارة فيكونان معاوضة مال بمال فيفسدان بالشرط الفاسد ولا يجوز تعليقهما بالشرط الماذكر ناوا الاقرار والوقف ليسا مما يحلف به فلا يجوز تعليقهما بالشرط وهذا لان الاقرار اخبار متردد بين الصدق والكذب فان كان كذبا لا يكون صدقا بغوات الشرط ولا بالعكس وانما التعليق فى الايجابات ابتين انه ليس بايقاع قبل وجود الشرط بخلاف ما اذا علق الاقرار بحوته أو بعمى الوقت فانه يجوز ويحمل على انه فعل ذلك للاحتراز عن الجحود ودعوى الاجل فيلزمه الحال على ما بينه فى موضعه ان شاء الله تعالى والتحكيم لا يصح تعليقا بخطر ولا مضافا الى زمان بان قال المحكمان اذا اهل الشهر أو قال العبد أو كافر اذا اعتقت أو أسلت فأحكم بيننا وهذا عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد يجوز تعليقه بشرط و اضافته الى الزمان لانه ليس فيه الا توقيض وتولية فصار كالو كالة والامارة والقضاء ولا يى يوسف رحمه الله أن التحكيم تولية صورة وصلح معنى اذ لا بصار اليه الا بتراضيهما اقطع الخصومة بينهما فباعا به صلح لا يصح تعليقه ولا اضافته وباعتبار أنه تولية يصح فلا يصح بالشك والاحتمال قال رحمه الله

الاعتكاف بالشرط الفاسد بان قال من علمه اعتكاف أيام نويت أن أعتكف عشرة أيام لله بشرط أن لا أصوم أو (وما بشرط أن أناشر امرى فى اعتكافى أو أن أخرج فى أى وقت أشاء لحاجة وغيرها يكون الاعتكاف فاسدا لان هذا شرط فاسد وتعليقه بالشرط بان قال نويت أن أعتكف عشرة أيام ان شاء الله اه (قوله والمعاملة) قال العيني بان قال ساقيتك شجرى أو كرى على أن تقرضنى كذا أو ان قدم فلان اه وقيل صورة فساد المعاملة بالشرط بان وقتا فيها وقتا يعلم أنه لا يخرج الثمرة فيه فيفسد لغوات المقصود وهو الشركة فى الخارج اه (قوله والمزارعة) بان قال زارعتك أرضى على أن تقرضنى كذا أو ان قدم فلان اه وقال بعضهم صورة فساد المزارعة بالشرط الفاسد بان عقد المزارعة وشرطا لاحدهما قفزا نامسة أو شرطا أن يرفع صاحب البذر بذره ويكون الباقي بينهما نصفين فهى باطلة لانه عسى أن لا يخرج الارض الا هذا المقدار اه (قوله والاقرار) بان قال فلان على كذا ان أقرضنى كذا أو ان قدم فلان اه عبنى (قوله والوقف) بان قال أوقف دارى ان قدم فلان أو أوقف دارى عليك ان أخبرتنى بقدوم فلان اه ع (قوله والتحكيم) بان قال احكنا هذا ان كان كافرا أو محدودا فى ذنى فلا يصح التحكيم لانهم ما جعلاه قاضيا بشرط عدم أهلية القضاء بغير عرق يحفظ ولو قال كلما دخل شجر ولم تزد فالسال حال صح والمال يصير حالا فى حيل شمس الأثمة الحلوانى كذا فى الخلاصة فى الفصل الخامس من البتوع اه

(١) قول المحشى وقوله والاجازة بالراي ليس فى نسخ المشارح التى بأيدينا تعرض للكلام على الاجازة بالراي وهى ثابتة فى المتن اه معجمه

(قوله في المتن وما لا يبطل بالشرط الفاسد الخ) سبعة وعشرون شيئاً على ما ذكره اه عيني (قوله القرض) بان قال أقرضتك هذه المائة بشرط أن تخدمني شهر مثلاً اه عيني (قوله والهبة) بان قال وهبتك هذه الجارية بشرط أن يكون حملها لي اه (قوله والصدقة) بان قال وهبتك هذه المائة على أن تخدمني بجمعة اه ع أو تصدقت عليك بهذه الجارية بشرط أن يكون حملها لي اه وكتب على قوله والصدقة ما نصه ليس في خط الشارح وهو ثابت في المتن اه (قوله والنكاح) بان قال تزوجتك على أن لا يكون لك مهر يصح النكاح ويفسد الشرط ويجب مهر المثل أو قال رجل لا تزوجتك بنى على أن تزوجني بتك بشرط أن يكون بضع كل منهما صادراً فلا تخفى فهذا شرط فاسد (قوله والطلاق) بان قال طلقتك على أن لا تزوجي غيري (قوله والخلع) بان قال خالعتك على أن يكون الخيار لي مدة سماها بطل الشرط ووقع الطلاق ووجب المال (قوله والعق) بان قال أعتقتك على أن يكون الخيار لي ثلاثة أيام أو على أن لا ولاقي عليك اه (قوله والرهن) بان قال رهنت عبدك لهذا العبد بمائة درهم على أن لا يكون مضموناً عليك أو على أن لا تقبضه وقبل الآخر اه (قوله والايصاء) بان قال أوصيت اليك على أن تزوج ابني أو أوصي الى فلان بشرط أن لا يخرج من الوصاية وان كان وترك يفظ الامانة فلا يصبأ جائز والشرط باطل (قوله والوصية) قال العيني بان قال أوصيت لك بمثل ما لي ان أجاز فلان اه أو بان قال أوصيت بخدمة عبيد هذا فلان على أن لا يسلم العبد الى الموصي له ومات الموصي والعبد يخرج من الثلث يسلم للموصي له بالخدمة لان هذا شرط فاسد لمخالفته لمقتضى الوصية وهي لا تبطل به اه (قوله والشركة والمضاربة) بان قال شاركتك على أن تدينني كذا وأضاربك في ألف على النصف في الربح ان شاء فلان أو ان قدم فلان قاله العيني وقيل صورة ادخال الشرط الفاسد في الشركة والمضاربة بان عقدا الشركة لاحدهما ألف وللآخر ألفان وشرط الربح والوضعية نصفين فالشرط فاسد والشركة صحيحة وعلى هذا اذا شرط الوضعية على المضارب بطل الشرط للمضاربة (قوله والقضاء) بان قال الخليفة وليتك قضاء مكة مثلاً على أن لا تعزل أبداً قاله العيني وقيل صورة ادخال الشرط الفاسد في القضاء بان قال القاضي لصاحب الحق أفضي لاجل ك على (١٣٣) زيد بشرط أن تحط من دينك كذا أو تزوجه الى وقت كذا

فهذا الشرط فاسد اه (قوله والامارة) قال العيني بان قال الخليفة وليتك إمارة الشام مثلاً على أن تركب فهذا الشرط باطل ولا تبطل

(وما لا يبطل بالشرط الفاسد القرض والهبة والصدقة والنكاح والطلاق والخلع والعق والرهن والايصاء والوصية والشركة والمضاربة والقضاء والامارة والكفالة والحوالة والوكالة والاقالة والكتابة واذن العبد في التجارة ودعوة الولد والصلح عن دم العمد والجراحة وعقد الذمة وتعليق الرد بالعيب أو بخيار الرؤية وعزل القاضي) هذه كلها لا تبطل بالشرط الفاسد لما ذكرنا ان الشروط الفاسدة من باب الربا وأنه يختص بالمبادلة المالية وهذه العقود ليست بعوضات مالية فلا يؤثر فيها الشروط الفاسدة ألا ترى أنه

إمارة بهذا (قوله والكفالة) بان قال كفلت عن غريمك ان أقرضتني كذا اه (قوله والحوالة) بان قال أحلتك على فلان بشرط أن لا ترجع عند التوى (قوله والوكالة) بان قال وكنتك ان أبرأت ذمتي عمالك على اه وكتب على قوله والوكالة ما نصه بان قال وكنتك بشرط أن لا أعزلك فالوكالة جائزة وله عزله متى شاء اه (قوله والاقالة) بان قال أقلتك عن هذا البيع ان أقرضتني كذا قاله العيني وقيل صورته بان أقال المبتاع مع المشتري البيع بشرط الزيادة على الثمن الاول فالاقالة صحيحة والشرط فاسد اه (قوله واذن العبد) بان قال لعبيد أذنت لك في التجارة بشرط أن تتوقت الى سنة مثلاً أو على أن تتجرفي كذا فان أذنه يكون عاماً في التجارات والاقوات الى أن يحجر المولى لان هذا شرط فاسد بناء على أن الاسقاطات لا تتوقت (قوله ودعوة الولد) بان ادعى نسب أحد التوأمين بشرط أن لا يكون نسب الآخر منه أو ادعى نسب واحد بشرط أن لا يرث منه ثبت نسب كل واحد من التوأمين ويرث وبطل الشرط لانهم ملان ماموا بحد من ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبت نسب الآخر لما عرف وشرطه أن لا يرث بشرط فاسد لمخالفته الشرع والنسب لا يفسد به كذا في بعض الشروح وقال العيني بان قال لأمته التي ولدت منه هذا الولد عني ان رضيت امرأتى اه (قوله والصلح عن دم العمد) بان صالح ولى المقتول عمداً القاتل على شيء بشرط أن يقرضه أو يهدي اليه شيئاً فان الصلح صحيح وان شرط فاسد ويسقط الدم لانه من الاسقاطات فلا يجهل الشرط اه (قوله والجراحة) بان شجر رجلاً موصحة خطأ فصالح بشرط أن يعطى المشاج زيادة عن ارش الموصحة أو كان عمداً فصالح على خمسة مائة بشرط أن يقتض المشجوع بعد الشهر فالصلح جائز بشرط الزيادة في الاول والعصا في الثاني بعد الشهر باطل لما ذكر في باب الجنابات (قوله وعقد الذمة) قال العيني بان قال الامام لحربي يطلب عقداً للذمة ضرت عليك الجزية ان شاء فلان مثلاً فان عقداً للذمة صحيح والشرط باطل اه وكذلك لو شرط في عقد الذمة أن لا يعطوا الجزية بطريق الاهانة أو أن لا يظهر الكسفيج (قوله وتعليق الرد بالعيب) أي كقوله ان وجدت به عيباً أردت عليك ان شاء فلان اه عيني (قوله أو بخيار الشرط) بان قال من له خيار الشرط في البيع رددت البيع أو أسقطت خيارى ان شاء فلان فانه يصح الرد ويبطل الشرط قاله العيني (قوله الرؤية) كذا بنحط الشارح والثابت في المتن الشرط اه (قوله وعزل القاضي) بان قال الخليفة عزلتك عن القضاء ان شاء فلان فانه يعزل ويبطل الشرط قاله العيني

(قوله ويطل الشرط) أي لانه شرط مخالف لمقتضى العقد وهو مال كية اليد على وجه الاستبداد وبوت الاختصاص بخالفه فلذا بطل الشرط وصرح العقد اه (قوله فانما تنفسه) (١٣٤) أي على ما عرف في موضعه اه (قوله الصلح عن جنبات العمد) الذي في خط

عليه الصلاة والسلام أجاز العري وأبطل شرط المهر وكذا أبطل شرط الولاء لتفسير المعتقد بقوله صلى الله عليه وسلم لعائشة رضي الله عنها ابتاعى فأعتق فأعتق الولاء لعلنا أعتق قاله لها حين أراد موالى بريرة أن يكون الولاء لهم بعد ما أعتقها لكن الكتابة إنما لا تنفسد بالشرط المفسد اذا كان الشرط غير داخل في صلب العقد بان كاتبه على أن لا يخرج من البلد أو على أن لا يعمل فلا نا أو على أن يعمل في نوع من التجارة فان الكتابة على هذا الشرط تصح ويطل الشرط فله أن يخرج من البلدو يعمل مشاء من أنواع التجارة مع أي شخص شاء وأما اذا كان الشرط داخل في صلب العقد بان كان في نفس البس دل كالكتابة على خمر ونحوها فانما تنفسد به وانما كانت كذلك لان الكتابة تشبه البيع من حيث ان العبد مال في حق المولى وتشبه النكاح من حيث انه ليس بمال في حق نفسه فعملنا بالشبهين فلتشبهها بالبيع تنفسد اذا كان المفسد في صلب العقد واشبهها بالنكاح لان يطل بالشرط الزائد ومن هذا القسم أي من القسم الذي لا يطل بالشرط الفاسد الصلح عن جنبات العمد والوديعة والعارية اذا ضمن رجل بشرط فيها حوالة أو كفالة ذكره في النهاية في آخر كتاب الهبة ثم الشيخ رحمه الله ذكر هنا ما يطل بالشرط الفاسد وما لا يطل بها وما لا يصح تعليقه بالشرط ولم يذكر هنا ما يجوز تعليقه بالشرط ولا ما يجوز اضافته الى الزمان ولا ما لا يجوز اضافته اليه ونحن نذكر ذلك بتوفيق الله تعالى تكملة لما ذكره من الاقسام وتيمما للفائدة في موضعه وانما تركه الشيخ هنا لانه ذكر بعضها في آخر كتاب الاجارة فنقول أما الاول وهو ما يجوز تعليقه بالشرط فهو محتص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق وبالالتزامات التي يحلف بها كالبيع والصلاة أو التوليات كالقضاء والامارة على ما بينا وأما الثاني وهو ما يجوز اضافته الى ما يستقبل من الزمان فأربعة عشر الاجارة وفسخها والمزارعة والمعاملة والمضاربة والوكالة والكفالة والوصية والايصاء والقضاء والامارة والطلاق والوقف لان الاجارة تتضمن تملك المنافع وهي لا تبصير وجودها في الحال فتكون مضافة ضرورة وهو معنى قول أصحابنا الاجارة تعقد ساعة فساعة على حسب حد وثم على ما يجيء بيانه في موضعه ان شاء الله تعالى وفسخ الاجارة معتبر بالاجارة فيجوز اضافتها ألا ترى أن فسخ البيع وهو الاقالة معتبر به حتى لا يجوز تعليقه بالشرط ولا اضافته الى الزمان كالبيع والمزارعة والمعاملة اجارة ألا ترى أن من يجيزهما لا يجيزهما الا بطريقتهما ويراعى فيها شرائطهما والمضاربة والوكالة من باب الاطلاقات ومن جهة الاسقاطات لان تصرف الوكيل قبل التوكيل في مال الموكل كان موقوفا حقا للمالك فهو بالتوكيل أسقط ذلك فيكون اسقاطا قبل التعليق والكفالة من باب الالتزامات فيجوز اضافتها الى الزمان وتعليقها بالشرط الملائم على ما بينا في الكفالة بخلاف الوكالة حيث يجوز تعليقها بالشرط المتعارف مطلقا لما ذكرنا والايصاء بالمال أو باقامة شخص مقام نفسه في التصرف لا يكون الا مضافا لان حقيقة تملك بعد الموت أو توكيل بعد الموت فيجوز تعليقه او اضافتها أما الايصاء الى شخص فلا يتوكل وقد بينا أنه يجوز تعليقه بالشرط وأما الوصية بالمال فلان لفظها يأتى عن التملك بعد الموت اذ لا تبصير أن تكون للحال الاجازة والقضاء والامارة تولية وتفويض محض بخلاف اضافته وتعليقه بالشرط وأما الثالث وهو ما لا تصح اضافته الى الزمان فتسعة البيع واجازته وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال والابراء من الدين لان هذه الاشياء تملكيات فلا يجوز اضافتها الى الزمان كما لا يجوز تعليقه بالشرط لمافية من معنى القمار والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

كتاب الصرف

قال رحمه الله (هو بيع بعض الاثمان ببعض) كالذهب والفضة اذا بيع أحدهما بالآخر أو بجنسه

الشارح الغصب بدل قوله العمد اه (قوله ثم الشيخ رحمه الله ذكر هنا) أي ثلاثة أقسام اه (قوله ولم يذكر هنا) أي ثلاثة أقسام أخرى اه (قوله فهو محتص بالاسقاطات المحضة) قال قاضي خان آخر كتاب الوكالة رجل قال لغيره اذا تزوجت فلانة فطلقها ثم تزوج فلانة فطلقها الوكيل طاعت لان الوكالة تحتل التعليق والاضافة اه وهذا تعليق لا اضافة كما لا يخفى (قوله والكفالة) اعلم أنه لم يكن في خط الشارح الكفالة والوصية مع أنه لا يتم العدد الا بذلك اه (قوله على ما بينه) الذي بخط الشارح على ما بينا (قوله الاجازة) أي عن الوكالة اه (قوله فتسعة) كذا بخط الشارح والظاهر أنه عشرة كذا بخط شيخنا الغزى رحمه الله وانما عدتها الشارح تسعة نظرا الى أن البيع واجازته كشيء واحد اه

كتاب الصرف

وجه المناسبة مرفى أول باب السلم اه غاية قال في المصباح صرفت المال أنفقته وصرفت الذهب بالدرهم بعته واسم الفاعل من هذا صرف في وصيرف وصراف للبالغة قال ابن

فارس الصرف فضل الدرهم في الجوده على الدرهم ومنه اشتقاق الصيرفي اه وقال في المغرب صرف الدراهم باعها هذا بدرهم أو بدنانير أو صرفها اشتراها وللدرهم على الدرهم صرف في الجوده والقيمة أي فضل وقيل لمن يعرف هذا الفضل ويميزه الجوده

صراف وصيرف وصيرفي وأصله من الصرف النقل لان ما فضل صرف على النقصان وانما سمي ببيع الاثمان صرفا لان الغالب على عاقده طلب الفضل والزيادة أو الاختصاص هذا العقد ينقل كلا البديلين من يدالي يد في مجلس العقد اه (قوله قاله الخليل) قال الخليل في كتاب العين الصرف فضل الدرهم على الدرهم في القيمة اه (قوله ومنه سمي التطوع الخ) قال الاتقاني رحمه الله وأما قوله سميت العبادة النافلة صرفا فبأنه نظر لانه أورد الزمخشري في فائقه في حديث النبي صلى الله عليه وسلم في ذكر المدينة من أحدث فيها حدثا وأوى محمدا فاعليه لعنة الله الى يوم القيامة لا يقبل منه صرف ولا عدل فقال الصرف التوبة لانه صرف للنفس الى البر عن الفجور والعدل القريبة من المعادلة وقال صاحب الجهرة قال بعض أهل اللغة الصرف القرينة والعدل النافلة وقال قوم الصرف الوزن والعدل الكيل الى هنا لفظ الجهرة اه ما قاله الاتقاني رحمه الله قوله من أحدث فيها حدثا قال الكمال والمراد من أحداث الحدث فعل ما يوجب الحد اه وكتب على قوله ومنه سمي التطوع الخ مانعه قال الكمال رحمه الله بعد أن أورد اعتراض الاتقاني على صاحب الهداية في تفسير الصرف بالنافلة والجواب ان أهل اللغة اختلفوا في ذلك فقد ذكر في الجهرة عن بعض أهل اللغة (١٣٥) الصرف القرينة والعدل النافلة

وفي الغريين عن بعضهم

الصرف النافلة والعدل

القرينة كذا كرا المصنف

ولا اعتراض عليه مع أنه

الانساب اه (قوله من انتهى

الى غير أبيه) الذي في خط

الشارح من انتهى الى غير

الله (قوله ولا عدلا) المراد

بالعدل الفرض الذي هو

مستحق عليه ولا شك

في (١) (قوله لانه

لا ينتفع بعينه) أي لا ينتفع

بعين الذهب والورق وانما

ينتفع بغيرهما بما يقابلهما

من نحو الخبز والحجم والثوب

في دفع الجوع والعطش

ودفع الحر والبرد وغير ذلك

اه اتقاني (قوله وقال عمر

رضي الله عنه الذهب بالذهب

الخ) روى محمد في كتاب

هذا في الشرع وفي اللغة نفسه يران أحدهما الفضل قاله الخليل ومنه سمي التطوع من العبادات صرفا لانه زيادة على الفرائض قال عليه الصلاة والسلام من انتهى الى غير أبيه لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا أي لا نفلا ولا فرضا وسمي هذا البيع به لانه لا ينتفع بعينه ولا يطلب منه الا الزيادة والثاني النقل والرد قال الله تعالى ثم انصرفوا صرف الله قلوبهم وسمي به على هذا الاعتبار للحاجة الى النقل في بديله من يدالي يد قبل الافتراق قال رحمه الله (فلو تجانس شرط التماثل والتقابض وان اختلفا جودة وصياغة ولاشترط التقابض) يعني اذا بيع جنس الاثمان بجنسه كالذهب بالذهب أو الفضة بالفضة بشرط فيه التساوي والتقابض قبل الافتراق ولا يجوز التفاضل فيه وان اختلفا في الجودة والصياغة وان لم يكونا من جنس واحد بان باع الذهب بالفضة بشرط التقابض فيه ولا يشترط التساوي لحديث عبادة بن الصامت أنه عليه الصلاة والسلام قال الذهب بالذهب والفضة بالفضة الى أن قال مثلا بمثل سواء بسواء يدا يدا فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا يدا رواه مسلم وأجد وغيرهما وقال عمر رضي الله عنه الذهب بالذهب مثل بمثل والورق بالورق مثل بمثل الى أن قال وان استنظر لك الى أن يدخل بيته فلا تنظره ولانه لا بد من قبض أحدهما قبل الافتراق كيلا يكون افتراقا عن دين بدين ولا بد من قبض الآخر لعدم الاولوية فتحققا المساواة بينهما لان النقد خير من النسبته لانها على عرض التوى دونه ولا فرق في ذلك بين أن يكونا ممتعين بالتعيين كالصوغ والتبر أو لا يتعينان كالمصروب أو يتعين أحدهما دون الآخر لاطلاق ما روي لانه ان كان ممتعين بالتعيين ففيه شبهة عدم التعيين لكونه من جنس الاثمان خلقة ثم اختلفوا في القبض هل هو شرط صحة العقد أو شرط البقاء على الصحة فقيل هو شرط الصحة فعلى هذا ينبغي أن يشترط القبض مقررا بالعقد لأن حالهما قبل الافتراق جعلت بحالة العقد يسيرا فاذا وجد القبض فيه يجعل كأنه وجد حالة العقد فيصح وقيل هو شرط البقاء على الصحة فلا يحتاج الى هذا التقدير والشرط أن يقبض قبل الافتراق بالابدان حتى لو ناما

الصرف قال حدثنا عبد الله بن عمرو عن نافع عن عبد الله بن عمر بن الخطاب عن عمر أنه قال الذهب بالذهب مثل بمثل والورق بالورق مثل بمثل لا تفضلوا بعضهما على بعض لا يباع منها غائب بباخر فاني أخاف الرماء وان استنظر لك الى أن يدخل بيته فلا تنظره والرماء بالمدب يعني الربا وقال القدوري في شرحه مختصر الكرخي وعن ابن عمر أنه قال ان وثب من سطح فشب معه اه اتقاني (قوله لعدم الاولوية) أي لان أحد العوضين ليس بأولى من الآخر في القبض لان خلقة الذهب والفضة للثمنية وان كانا ممتعين كالتمر والصوغ اه اتقاني (قوله خلقة) أخرجه ما هو من الاصطلاح كالفلوس قال البزازی ولو اشترى مائة فلس بدرهم بكنى التقابض من أحد الجانبين اه (قوله حتى لو ناما الخ) قال في الاختيار ولو ناما جالسين لم يكن فرقه ولو ناما مضطجعين كان فرقه ولا يجوز خيار الشرط لانه يفتي استحقاق القبض ولا الاجل لانه يفوت القبض الذي هو شرط الصحة فان اسقطاها قبل التفريق جاز خلافا لقر اه قال الكمال رحمه الله ولتعلق الصحة بعدم الافتراق لا يبطل لو ناما في المجلس قبل الافتراق أو انعمي عليهما أو طال قعودهما وعن محمد رحمه الله جعل الصرف كخيار الخيرة يبطل بدليل الاعراض كالقيام من المجلس حتى لو ناما أو أحدهما فهو فرقه ولو ناما جالسين فلا وعنه القعود الطويل فرقه دون القصير ولو كان لرجل على آخر ألف

دزهم وللآخر عليه مائة دينار فأرسل رسولاً يقول له بعثك الدراهم التي لي عليك بالدنانير التي لك علي فقال قبلت كان باطلا وكذا الونادي أحدهما صاحبه من ورامجداراً ومن بعيد لأنهم ما فترقن وعن محمد بن لو قال الأب اشهدوا أنني اشتريت هذا الدينار من ابني الصغير بعشرة وقام قبل تقديمه بطل هذا ويجوز الرهن ببذل الصرف والحوالة به كفاي رأس مال السلم اه فتح وكتب علي قوله حتى لو ناما مانصه قال في شرح الطحاوي ثم وجود التقاض في مجلس العقد ليس بشرط صحة الصرف ولكن وجود التقاض قبل التفريق بالابدين شرط حتى انهم مالوتعاقدا ولم يتقاضا حتى مشيما ميلاً أو أكثر فلم يفارق أحدهما صاحبه ولا غاب عنه ثم تقاضا واسترقا جازا الصرف وكذلك الحكم في تسليم رأس المال في باب السلم يعني أن قبض رأس المال قبل التفريق بالابدين شرط وقال شمس الأئمة البيهقي في كفايته والافتراق المعتبر بالافتراق بالابدين دون المكان حتى لو قاما فذهبا معاً وناما في المجلس أو أغشى عليهما أو طال قعودهما لا يبطل لما مر أن الدراهم والدنانير لا يتعينان اه اتفاقاً (قوله بخلاف خيار الخيرة) يعني أن الصرف لا يبطل بذهاب العاقد من معا وخيار الخيرة يبطل وإن مشى مع زوجته إلا أن اشتغالها بالشيء دليل (١٣٦) الاعراض عاجل اليها فيبطل خيارها إن لم تفارق الزوج اه اتفاقاً (قوله ثم علي

أو أغشى عليهما في المجلس ثم تقاضا قبل الافتراق صح بخلاف خيار الخيرة لأنه يبطل بالاعراض أو بما يدل عليه قال رحمه الله (ولو باع الذهب بالفضة مجازفة صح ان تقاضا في المجلس) لأن المستحق هو القبض قبل الافتراق دون التسوية لما رويته فلا يضر الجزاف وإن افتراق قبل قبضهما أو قبل قبض أحدهما بطل لقوات الشرط وهو القبض ولهذا لا يصح فيه شرط الخيار والاجل لأن الخيار يمنع استحقاق القبض مادام الخيار باقياً لأن استحقاقه مبني على الملك والخيار يمنع وبالاجل يفوت القبض المستحق بالعقد شرعاً إذا أسقط الخيار والاجل في المجلس فيعود صحيحاً الزوال المفسد قبل تفرقه ولو باع الفضة أو الذهب بجنسه مجازفة ثم علمتساوياً ما قبل الافتراق صح وبعده لا يصح وقال زفر يصح لأن التساوي حق الشرع وقد وجد حالة العقد قلنا التسوية بشرط واجب علمنا فيجب تحصيله بقوله أما وجوده في علم الله تعالى لا يصح شرط الجواز لأن الأحكام تنبئ على فعل العباد تحقيقاً لمعنى الابتلاء قال رحمه الله (ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه فان باع ديناراً بدراهم واشترى بها ثوباً ففسد بيع الثوب) لأن في تجزؤ ثوب القبول المستحق بالعقد ولا يقال ينبغي أن يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر إذا انتقد لا تعين في العقود والفسوخ ديناً كانت أو عيناً ألا ترى أنه لو أسلم ديناراً على المسلم إليه جازاً السلم حتى إذا سلم إليه رب السلم قدر الدين قبل الافتراق تم السلم ولو تعين لما صح لكونه كالشيكائي لأننا نقول هو كذلك لا يتعين لكن المانع اشتراط تسليم الثمن على غير العاقد لأن تعين الدين يكون اشتراطاً على من عليه الدين بأن يوفيه وهو شرط مفسد كما إذا اشترى شيئاً على أن يكون الثمن على غيره ألا ترى أنه لو كان له دين على شخص فاشترى به شيئاً من غير من عليه الدين لا يجوز لهذا المعنى أو نقول كل واحد من بدل الصرف مبيع فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه هذا إذا لم يكن متعيناً بالتعيين كالمضروب وأما إذا كان متعيناً كالصوغ والنبرفانه لا يجوز بالاتفاق لأنه لا يكون بيع المبيع قبل القبض وهو لا يجوز على ما بينا من قبل قال رحمه الله (ولو باع أمة مع طوق قيمة كل ألف بألفين ونقد من الثمن ألفاً فهو عن الطوق وإن اشترى أمة بألفين ألف نقد وألف نسبه فالألف عن الطوق)

تساوياً ما قبل الافتراق (صح) قال الاتفاقى فأما إذا وزنا في المجلس فوجد اسواء فكان القياس أن لا يجوز لأن العقد وقع على فساد فلا يصح بعد ذلك وفي الاستحسان يجوز لأن ساعات المجلس جعلت كساعة واحدة دفعه الله سر وتتحقق باليسر فكان العلم بالمساواة في المجلس كالعلم بها في حال العقد اه وكتب علي قوله صح مانصه وعن أبي حنيفة لا يجوز اه كمال (قوله فسد بيع الثوب) أي وعن الصرف على حاله يفضله منه ويتم العقد الأول اه غاية وكتب علي قوله فسد بيع الثوب مانصه ولا يبرأ بائعه عن بدل الصرف اه (قوله كما نقل عن زفر) أي

ولا يبرأ بائعه عن الصرف عنده أيضاً اه ذخيرة (قوله فهو عن الطوق) قال الكمال رحمه الله وبين الفساد بترك القبض يعني والفساد بالاجل فرق على قول أبي حنيفة في مسألة وهي ما إذا باع جارية في عتقها طوق فضة زنته مائة بألف درهم حتى انصرف للطوق مائة من ألف فيصير صرفاً فيه وتسماية للجارية بيعاً فإنه لو فسد بترك القبض بطل في الطوق وبيع الجارية بتسماية صحيح ولو فسد بالاجل بأن باعها بألف درهم إلى أجل فسد فيه ما عنده خلافاً له ما فهم ما قالوا لا يفسد في الجارية وفرق أن في الأول انعقد صحيحاً ثم طرأ الفساد فيخص محله وهو الصرف وفي الثاني انعقد ولا على الفساد ففساد وهذا على الصحيح من أن القبض شرط البقاء على الصحة وفي الكامل لو أسقط الاجل من له الاجل دون الآخر صح في المشهور وليس في الدراهم والدنانير خيار روية لأن العقد لا ينسخ بردها لأنه انما وقع على مثاليها بخلاف الثبر والخلى والأواني من الذهب لأنه ينتقض العقد برده لتعيينه فيه ولو وجد أحدهما أو كلاهما دون الافتراق ما قبض زيفاً أو استوفى فحكمه في جميع أبوابه من الاستبدال والبطالان كرأس مال السلم اه (قوله فالألف) كذا هو بخط الشارح رحمه الله والذي بأيدينا من نسخ المتن فالنقد اه

يعني لو باع أمسة في عنقه اطوق فضة وزنه ألف مئة مع الطوق وقيمتها ألف بأني مثقال ونقدم منه ألفا
 كان المنقود عن الطوق وان اشتراها بألف نسيت وبألف حالة كان الحال عن الطوق وفي عبارة الشيخ قساح
 فانه قال قيمة كل ألف أي قيمة كل واحد من الجارية والطوق ألف درهم ولا يعتبر في الطوق القيمة وانما
 يعتبر القدر عند المدة بالبحسب وكذا لا يحتاج فيه إلى بيان قيمة الجارية لأن قدر الطوق صار مقابلا للطوق
 والباقي بالجارية قل قيمتها وكثرت تحري الجواز فلا فائدة في بيان قيمتها ولا في بيان قيمة الطوق إلا إذا قدر أن
 الثمن خلاف جنس الطوق بأن كان فضة والثن ذهب أو بالعكس فحينئذ يفيديان قيمتهما لأن الثمن
 ينقسم عليهما على قدر قيمتهما وكذا المراد في قوله فالألف عن الطوق أي الألف الحال عن الطوق وانما
 كان كذلك لأن حصة الطوق يجب قبضه في المجلس لكونه بدل الصرف والظاهر منهما الاتيان
 بالواجب لأن دينهما وعقلهما عنهما من مباشرة ما لا يجوز شرعا فيصرف المتأخر إلى الجارية والمقبوض
 والحال إلى الطوق لاحسان الظن بالمسلم ولو كان كل الثمن مؤجلا ففسد البيع في الجميع عند أبي
 حنيفة وقال لا يفسد في الطوق دون الجارية لأن القبض ليس بشرط في حصتها فقيمة قدر الفساد بقدر
 المفسد على ما بينا ولا في حنيفة رحمه الله أن الفساد مقارن فيتعدي إلى الجميع كما لو جمع بين حر وعبد في
 البيع بخلاف الفساد في المسئلة الأولى فانه طارئ فلا يتعدى إلى غيره كما إذا اشترى عبيدين فهلك أحدهما
 قبل القبض أو استحق بعده قال (وإن باع سيفا حليته خسون بمائة ونقد خسين فهو حصتها وإن لم يبين
 أو قال من ثمنهما) يعني يكون المنقود حصة الحلية وإن لم يبين أنه حصتها أو قال خذهما من ثمنهما ما إذا لم
 يبين فلماذا كررنا أن أمرهما يحمل على الصلاح وأما إذا قال خذهما من ثمنهما فلان الثمنية قدر ادبها
 الواحد منهما قال الله تعالى نسبا حوتهم ما والناسي أحدهما وقال تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان
 والمراد أحدهما وقال عليه الصلاة والسلام إذا سافرتما فأذنا وأقيما والمراد أحدهما فيحمل عليه لظاهر
 حالهما بالسلام ولهذا إذا قال لأمرأتيما إذا حضمتا حيضة أو ولدتما ولدتا فأنتما طائفتان فولدت أو حاضت
 إحداهما مطلقا لأنه يراد به إحداهما لا استحالة اجتماعهما في ولد واحد أو حيضة واحدة بخلاف ما إذا
 قال إن حضمتا أو ولدتما فأنتما طائفتان حيث يعتبر وجوده منهما لا مكان وعلى هذا لو قال خذهما
 نصفه من ثمن الحلية ونصفه من ثمن السيف لا يبطل أيضا ويجعل المقبوض من ثمن الحلية لأنه لو قال
 بأن الكل عن السيف يكون المقبوض عن الحلية لأن السيف مع الحلية شيء واحد فيجعل المنقود عوضا
 منه ولأن مراده أن يسلم كل الثمن ولا يسلم له إلا بهذا الطريق قال (ولو اقترقا بالقبض صح في
 السيف دون ما إن تخلص بالضرر والابطال) يعني بطل العقد فيهما لأن حصة الصرف يجب قبضه قبل
 الافتراق وإذا لم يقبض حتى اقترقا بطل فيه لفقد شرطه وكذا في السيف إن كان لا يتخلص إلا بضرر
 لتعذر تسليمه بدون الضرر فصارت كبيع جذع من سقف وإن كان يتخلص بدونه جاز للعدو على التسليم
 فصارت نظير بيع الجارية مع الطوق وذكر في النهاية معزى إلى المبسوط فقال لو قال خذهما الخسين من
 ثمن السيف خاصة وقال الآخر نعم أو قال لا وتفرقا على ذلك انتقض البيع في الحلية لأن الترجيح
 بالاستحقاق عند المساواة في العقد والاضافة ولا مساواة بعد تصريح الدافع فيكون المدفوع من ثمن
 السيف خاصة والقول في ذلك قوله لأنه هو المملك فيكون أعرف بجهته قال الرازي عفو ربه ينبغي أن
 تكون هذه المسئلة كالمسئلة المتقدمة من أنه ينصرف إلى الحلية على ما بينا ومن أنه على التفصيل المتقدم
 يعني إن كانت الحلية تتخلص بغير ضرر صح في السيف خاصة والافسطل في الكل لما بينا وفي المحيط لو قال
 هذان من ثمن التصل خاصة ينظر إن لم يمكن التمييز لا بضرر يكون المنقود عن الصرف ويصحان جميعا لأنه
 قصد صحة البيع ولا صحة له إلا بصرف المنقود إلى الصرف فكذا يجوز تصحيح البيع وإن أمكن تمييزها
 بغير ضرر بطل الصرف لأنه صرح بفساد الصرف وقصد جواز البيع ويجوز البيع بدون جواز الصرف

(قوله فيتعذر الفساد بقدر
 المفسد) أي كافي المسئلة
 الأولى وهي ما إذا باعهما
 بألفين ونقدم من الثمن ألفا
 وقال هي من ثمن الجارية
 اهـ (قوله بخلاف الفساد
 في المسئلة الأولى) أي وهي
 ما إذا اشتراها بألف نسيت
 وألف حالة وتفرقا قبل
 قبض ألف حيث لا يتعدى
 الفساد اهـ (قوله فقسما)
 كذا يحيط الشرح والتلاوة
 بدون الفاء اهـ (قوله وقال
 عليه الصلاة والسلام) أي
 لما لا بن الحويرث وابن عمه
 (قوله يكون المقبوض عن
 الحلية) أي إذا كانت
 لا تتخلص من السيف إلا
 بضرر كما سبأني آنفا في
 كلامه وكلام المحيط اهـ
 (قوله لم تدر تسليمه بدون
 الضرر) أي ولهذا لا يجوز
 إفراده بالبيع كما مر في
 جزم من سقف اهـ كمال

فعلى هذا ما ذكره في الميسر على ما إذا كانت الحلية تتخلص من غير ضرر توفيقا بينه وبين ما ذكر
في المحيط هذا إذا علم أن الفضة التي هي الثمن أكثر مما في الطوق والحلية وإن علم أنها مثله أو أقل منه
لا يجوز للربا وإن كان مجهولا لا يجوز وقال زفر يجوز لأن الأصل هو الجواز والمفسد هو الفضل الخالي
عن العوض فإلم يعلم يكون العقد محكما بجوازه وجه الأول أن العلم بالمساواة عند العقد شرط لصحة
البيع وهذا لا يتصور أن يكون أقل منه أو مثله أو أكثر فجهة الفساد من وجهين فترجحت من وجهين
بالكثرة والحكمة قال (ولو باع أneau فضة وقبض بعض ثمنه واقترا فاصح فيما قبض والائناء مشتركة بينهما)
يعنى إذا باعه بفضة أو ذهب لأنه صرف وهو يبطل بالافتراق قبل القبض فيقتدر الفساد بقدر ما لم
يقبض ولا يشيع لأنه طارئ ولا يكون هذا تفريق الصفة أيضا لأن التفريق من جهة الشرع باسقاط
القبض لا من جهة التعاقد ولا يثبت للمشتري خيار العيب أيضا بالشركة لأن الشركة حصلت من جهته
وهو عدم النقد قبل الافتراق بخلاف ما إذا هلك أحد العبدین قبل القبض حيث يثبت له الخيار في أخذ
الباقى لأنه لم يوجد منه الصنع وبخلاف ما إذا استحق بعض الأناء على ما يجىء قال (وإن استحق بعض
الأناء أخذ المشتري ما بقى بقسطه أو رده) لأن الشركة في الأناء عيب لأن التشقيص يضره وهذا العيب
كان موجودا عند البيع وقارناله بخلاف المسئلة الأولى وهى ما إذا اشترى أneau فضة واقترا وقد بقى عليه
بعض الثمن حيث لا يرد لأن التفريق جاء من جهة المشتري على ما بينا قال (ولو باع قطعة نقر فاستحق
بعضها أخذ ما بقى بقسطه بلا خيار) لأن الشركة فيما يثبت عيب إذا تشقيص لا يضره بخلاف الأناء
لأنه إن استحق قبل القبض بعضه يثبت له الخيار لتفرق الصفة عليه كما إذا اشترى عبدین فاستحق
أحدهما قبل القبض أو هلك يثبت له الخيار لتفرق الصفة عليه قبل النكاح لأن قبله بخلاف ما إذا
استحق بعد القبض لأن الصفة قد تمت بالقبض قال (وصح بيع درهمين ودينار بدرهم ودينارين وكربر
وشعير بضعفهما) أى بأن يبيعهما بأكبرى بروكرى شعير وأما جاز لأنه يجعل كل جنس مقابلا بخلاف جنسه
وقال زفر والشافعى رجهما الله لا يصح هذا العقد أصلا لأن مقابله الجاهل بالجهة تقتضى الانقسام على
الشيوع لأعلى التبعين ففي جملة على خلاف الجنس تغييره فلا يجوز وإن كان فيه تصحيح التصرف لأن
تغير التصرف لا يجوز لتصحيح التصرف فصار كما إذا اشترى قلبا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعها مرابحة
بخمسة وعشرين لا يصح وإن أمكن تصحيحه بصرف كل الربح إلى الثوب وكذا لو اشترى عبدا بألف
ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبدا آخر بألف وخمسمائة لا يصح في المشتري بألف لأنه اشترى ما باع
بأقل مما باع وإن أمكن تصحيحه بصرف الألف إلى المشتري وكذا لو جمع بين عبده وعبده غيره وقال بعتك
أحدهما لا يصح للتكثير وإن أمكن تصحيحه بصرفه إلى عبده وكذا لو باع درهمين وثوبا بدرهم وثوبا
ثم تفرقا قبل القبض بطل العقد في الدرهمين لأنه صرف فيهما وإن أمكن تصحيحه بصرف كل درهم من
جانب إلى الثوب من الجانب الآخر ولنا أن في صرف الجنس إلى خلافه تصحيح العقد وإلى جنسه فساد
ولامعارضه بين الفساد والصحيح لأن الصحيح مشروع باصلا ووصفه والفساد باصلا دون وصفه ولأن
العقد يقتضى مطلق المقابلة من غير أن يتعرض لمقابلة الكل بالكل بطريق الشيوع ولا مقابلة
الفرد من جنسه ولا من خلاف جنسه لما عرف أن المطلق غير منعرض للمقيد ولكن مع هذا عند الوجود
لا يوجد المقيد لتعدد وجود ذات بدون صفة وإن كان اللفظ غير منعرض للصفة بل للذات فقط على
ما عرف في موضعه فيحمل على المقيد الصحيح عند تدر العمل بالاطلاق ألا ترى أنه لو قال عند المقابلة على
أن يكون الجنس بخلاف الجنس صح ولو كان منافيا له لما صح فكان جملة على المقيد الصحيح أولى من جملة
على المقيد المفسد وهو مقابلة الكل بالكل شافعا طلب الصحة ألا ترى أن الكلام أصله أن يكون مستعلا
في حقيقته ثم إذا تعدت الحقيقة حمل على الجاز الممكن إذا كان لا يصح إلا بالجل عليه وإن كان تغييره هو

(قوله بجهة الفساد من وجهين) أى إذا كانا سواء أو كان وزن الفضة المفردة أقل وجهه الصحة من وجهه وهو أن يكون وزن الفضة المفردة أكثر اه
(قوله فترجحت من وجهين بالكثرة والحكمة) أى وكذا إذا اختلف الثمن في قدرهما فالبيع باطل اه
غاية (قوله لأنه طارئ) أى بعد صحة العقد في الكل بناء على ما هو المختار من أن التقابض قبل الافتراق شرط البقاء على الصحة لا شرط الانعقاد على وجه الصحة فيه صح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع ولا يتخير واحد من المتعاقدين لأن عيب الشركة جاء بقلعهما وهو الافتراق بالقبض اه كمال رحمه الله (قوله فصار كما إذا اشترى قلبا) أى من الفضة وزنه عشرة دراهم اه غاية (قوله وثوبا) أى قيمته عشرة دراهم اه غاية (قوله بصرف الألف إلى المشتري) أى والباقى إلى العبد الآخر اه (قوله بطل الذى في الهداية) فسد اه

(قوله ونصفه بغير المقبوض) قال في الاشارات الكلام من حيث التحقيق راجع الى أن العدة قد شرع جائزا والفساد انما يكون بفساد ومعارض وههنا متى حكينا بالفساد مع امكان حمل اللفظ على وجه الصحة فقد أثبتنا أمر اعارض مفسد المات هو به ولم يعين فلا يجوز على أنا نقول اذا أريد به هذه المقابلة بمقابلة الجنس بخلاف الجنس لا يتغير أصل المقابلة بل يتغير وصفها من اطلاق الى تقييد وكل مطلق يجوز أن يراد بالمقيد ولهذا صح التفسير كما قلنا وقد أريد المقيد ذهنا بل لا لاله حال التصرف فكان هذا صحيح التصرف على الوجه الذي قصده المباشر لا على خلافه اه اتقاني رحمه الله (قوله فانه ينصرف الى نصيبه) أي وهو النصف الشافع بين النصيبين اه (قوله بخلاف مسألة المراجعة فانه) أي لو صرف كل الربح الى الثوب ١٣٩ لا يبقى بيع الثوب والقلب جميعا مراجعة لانه حينئذ يكون

بيع الثوب مراجعة وبيع القلب تولية والعاقبة قصد بيعهما مراجعة فيلزم تغيير تصرفه أصلا بخلاف ما نحن فيه اه غايه (قوله وفي الثانية الخ) أراد بها قوله فيما سبق وكذا لو اشترى عبد بألف ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بألف وخمسمائة اه (قوله غير متعين) أي فيبقى الثمن مجهولا فيفسد العقد وهذا لا نالو صرفنا خمسمائة أو أقل من ذلك بدرهم أو درهمين أو ثلاثة ونحو ذلك الى العبد الآخر لا يلزم شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن بخلاف ما نحن فيه فان طريق الصحيح متعين وهو صرف الجنس الى خلاف الجنس اه غايه (قوله والثالثة) أي وهي ما لو جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعثك

تغير الوصف لا تغيير لاصل المقابلة اذ هي موجودة لان أصل المقابلة فيه افادة الملك في الكل بمقابلة الكل وذلك لم يتغير والدليل على انه يحمل عليه عند التعذر طلب الصحة انه لو باع الجنس بالجنس بأن باع دينارين بدينارين مثلاً فقبض كل واحد منهم ما دينارا ثم اقترقا فصح البيع في المقبوض كله ولو كان كما قاله لما صح الا في نصف كل واحد من المقبوضين لان مقابلة الشروع تقتضي أن يكون نصفه مقابلاً بالمقبوض ونصفه بغير المقبوض فبطل حصته غير المقبوض وكذا لو باع درهمين بدرهمين بطل العقد لان الدرهم يقابل الدرهم والدرهم الآخر يبق فضاً لا قل ذلك لم يجز فصار كل واحد باع نصف عبد مشترك بينهما وبين غيره فانه ينصرف الى نصيبه تصححه الله قد وكذا لو باع عبد بألف درهم وفي البلد نقود مختلفة فانه ينصرف الى المتعارف لما قلنا بخلاف مسألة المراجعة فانه يصير تولية في القلب بصرف كل الربح الى الثوب والتولية تضاد المراجعة فكان ابطال الاله أصلاً وفي الثانية طريق الصحيح غير متعين لانه كما يمكن تصححه بصرف الالف الى العبد المشتري يمكن تصححه أيضاً بصرف الالف ومائة اليه أو الالف ومائتين الى غير ذلك من الصور وفي هذا انظر فان الطرق متعددة في مسألة الكتاب أيضاً فانه يجوز أن يصرف الدينار الى الدينار والدرهم الى الدرهم والدينار الى الدرهم كما يجوز أن يصرف الدرهمين الى الدينارين والدرهم الى الدينار وجوابه انه أقل تغيير فكان أولى والثالثة أضيف البيع الى المنكر فلا ينصرف الى المعين للتضاد بينهما اذ المنكر ليس بحل للبيع وفي الرابعة يقع العقد صحيحاً سواء كان الجنس مقابلاً بالجنس أو بخلافه والفساد بعد الصحة عارض بالفراق لا عن قبض اذا قبض شرط البقاء على الصحة وصرف الجنس الى خلافه شرط تصحيح العقد ابتداء وهو صحيح بدونه فلا حاجة الى الصرف الى الجنس لان الفساد بعده موهوم لاحتمال عدم التقابض وفي الابتداء متحقق فلا بد من الصرف الى الجنس لينعقد صحيحاً ثم الاصل في هذا الباب ان أحد البدلين يجب قسمته على البديل الآخر وتظهر فائدة في الرد بالعيب والرجوع بالثمن عند الاستحقاق وجوب الشفعة فيما يجب فيه الشفعة ثم ان كان العقد مما لا ربا فيه فان كان لا يتفاوت أحاده فالقيمة على الاجزاء وان كان تتفاوت فالقيمة على القيمة وان كان مما فيه الربا تجب قسمته على الوجه الذي يصح فيه العقد لا غير قال (واحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار) يعني يجوز فتكون العشرة بمثلها او الدينار بالدرهم تصحح العقد على ما بينا قال (ودرهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين ودرهم غلة) يعني يجوز بيعهما لانهم ما جنس واحد فيعتبر التساوي في القدر دون الوصف والغلة هي الدراهم المقطعة وقيل هو ما يرد بيت المال وتأخذ التجار ولا تنافي لاحتمال ان تكون هي المقطعة قال (ودينار بعشرة غلته أو بعشرة مطلقه ودفع

أحدهما اه (قوله وفي الرابعة) أي وهي ما اذا باع درهم ما أو ثوب بدرهم وثوب واقترا من غير قبض اه (قوله بدونه) أي بدون الصرف الى الجنس اه (قوله لا غير) أي لان القسمة انما تطالب لتصحيح أحكام العقد ولا تحصل احكامه الا مع صحته فلم يجز أن يقسم قسمة تبطل العقد اه (قوله وقيل هو ما يرد بيت المال) يعني يرد بيت المال الغلة لانها لا يفتا بل لكونها مقطوعاً اه غايه (ولا تنافي الخ) جواب عن سؤال مقدر وهو أن يقال قوله الغلة ما يرد بيت المال الذي يرد بيت المال زبوف فلا يقال لفساده صحيح بل يقال جيداً فأجاب بما ذكره ويؤيد ما ذكره في الايضاح يكره أن يرد غلة ليرد عليه صحيحاً فأفهم ان الغلة هم المقطعة والله أعلم (قوله في الثمن ودينار بعشرة الخ) اعلم ان ههنا ثلاثة فصول الاول ما اذا باع الدينار بعشرة مطلقه والثاني ان يضيف الى الدينار بأن يبيع

الدينار بالعشرة التي عليه والثالث يبيعه دينارا بعشرة ثم يحدث لمشتري الدينار عشرة على بائع الدينار بأن باع منه ثوبا بعشرة فيتقاصان والاول والثاني مذكوران في المتن والثالث سيد كرهه المشرح رحمه الله انتهى (قوله اما اذا قابل الدينار بالعشرة الى آخره) قال الاتقاني رحمه الله اما اذا اضاف الى الدين صبح بالاجماع وتسقط العشرة عن ذمة من هي عليه لانه لم يكمل كمال الدينار غاية ما في الباب ان هذا عقد صرف وفي الصرف يشترط قبض أحد العوضين احترازاً عن الكالي بالكالي ويشترط قبض الآخر احترازاً عن الربا وذلك لان قبض أحد البدلين حصل الامن من خطر الهلاك فلو لم يتقد الآخر يكون فيه خطر الهلاك لان الدين في معنى التاوى فيلزم الربا وهذا المعنى معدوم فيما نحن فيه لان الدينار نقد وبه وهو العشرة سقطت عن بائع الدينار حيث سلمت له فلم يبق خطر الهلاك وتحقيقه أن تعيين البدل ١٤٠ الآخر اذا كان احترازاً عن الربا ولا ربا في دين يسقط وانما الربا في دين يقع

الخطر في عاقبته ولهذا قلنا ان الدين بالدين حرام ومع هذا لو تصارفا دراهم دين بدنانير دين صح لفوات معنى الخطر في دين يسقط بخلاف ما اذا لم يكن لكل واحد منهما على الآخر دين حتى تصارفا دراهم دين بدنانير دين لم يصح انتهى (قوله لانه يكون استبدالاً ببديل الصرف) أي قبل القبض ولهذا تجزئه هذه المقاصة بلا تراض ولهذا لو أخذ مكان الدراهم بدنانير أو عرضاً لا يجوز انتهى اتفاقنا (قوله فثبتت الاضافة اقتضاء) وأبى ذلك زفر لانه لا يقول بالاقتضاء وخالفنا في ذلك كما خالفنا في قوله اعتق عبدك عنى بألف درهم انتهى غاية (قوله وقيل لا يجوز التقاص بدين حادث) قال الاتقاني رحمه الله وأما اذا حدث الدين بعد بيع الدينار بالعشرة بأن باع

الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة) أي يجوز ذلك ومعناه أن يكون لرجل على آخر عشرة دراهم دين فباعه الذي عليه العشرة دينارا بالعشرة التي عليه أو بعشرة مطلقة ودفع الدينار اليه ثم تقاصا العشرة بالعشرة فكلاهما جائز أما اذا قابل الدينار بالعشرة التي عليه ابتداء فلابد جعل ثمنه دراهم لا يجب قبضها ولا تعيينها بالقبض وذلك جازاً لاجتماع العوضين بالقبض في الصرف للاحتراز عن الدين بالدين وتعيين الآخر للاحتراز عن الربا ولا ربا في دين يسقط وانما الربا في دين يقع الخطر في عاقبته بان يتوى عليه ويسلم المقبوض عن التوى ومعناهم أن السالم يدين الذي على خطر التوى فيتحقق الفضل لأتري انهم ما تو صارفا دراهم دين بدنانير دين يصح لفوات الخطر لسكون كل واحد منهما ثابتاً قبل البيع ويسقط بالبيع وأما اذا باعه بعشرة مطلقة ثم تقاصاً فلابد كونهما استحساناً والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر لانه يكون استبدالاً ببديل الصرف لان الذي وجب عليه بالصرف غير الذي كان عليه وهذا لا وجب بالصرف دين يجب تعيينه بالقبض احترازاً عن الربا والدين الذي كان عليه لا يجب قبضه فكأنما غيرين أترى أن المقاصة لا تقع بنفس العقد لعدم المجانسة فيكون التقاص بعد ذلك استبدالاً ببديل الصرف لانه أخذ ما في ذمته بدل ما وجب له عليه من ثمن الدينار فلا يجوز ولهذا لا يجوز في رأس مال السلم وجه الاستحسان انهم ما اتقاصا تضمن انفساخ الاول وانعقاد صرف آخر غير الاول مضافاً الى العشرة الدين اذ لو لا ذلك لكان استبدالاً ببديل الصرف فثبتت الاضافة اقتضاء كالتوبة بما بالف ثم جدد بالف وخمس مائة فان البيع الاول ينفسخ ضرورة ثبوت الثاني اقتضاء فكذا هذا ولا فرق في ذلك بين أن يكون الدين موجوداً قبل عقد الصرف أو حصل بعده وقيل لا يجوز التقاص بدين حادث بعد الصرف لانه يكون تقاصاً بدين سيجب والاول هو الاصح لان التقاص هو الذي يتضمن النسخ للصرف الاول وإنشاء صرف آخر فيكتفي بوجود الدين عنده لانه يكون عقداً جديداً من ذلك الوقت من غير استناد الى ما قبله فلا حاجة الى سبق وجوبه بخلاف رأس مال السلم حيث لا يجوز جعله قصاصاً بدين آخر مطلقاً متقدماً كان أو متأخراً لان المسلم فيه دين ولو صحت المقاصة برأس المال يصير افتراضاً عن دين بدين وهو منهي عنه ولان جواز السلم مخالف للقياس رخصة وهو أخذ عاجل بأجل للضرورة فاذا لم يقتض شيئاً فلا ضرورة فلا يجوز ولهذا لا يجوز اضافته الى الدين ابتداء بان يجعل الدين الذي على المسلم اليه رأس مال السلم بخلاف الصرف قال (وغالب الفضة والذهب فضة وذهب حتى لا يصح بيع الخالصه بها ولا يصح بعضها ببعض الامتساو باوزن) ولا يصح الاستقراض بها الا وزناً

مشتري الدينار ثوباً من بائع الدينار بعشرة دراهم فلم الشوب ولم يقبض العشرة ثم تقاصا العشرة بالعشرة في المجلس لانهما فقيه روايتان في رواية أبي حفص لا يجوز واختره شمس الأئمة السرخسي وقاضيان وفي رواية أبي سليمان تجوز المقاصة واختره نفع الاسلام والصدور الشهيد والزاهد والعتابي وجه رواية أبي حفص أن النبي صلى الله عليه وسلم جوز المقاصة في حديث ابن عمر في دين سابق لا لاحق ووجه رواية أبي سليمان أن العقد الاول ينفسخ اقتضاء تحكيم الما قصد او تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه والمسئلة في كتاب الصرف قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير اذا استقرض بائع الدينار عشرة دراهم من المشتري أو غصب منه فقد صار قصاصاً ولا يحتاج الى التراضي لانه قد وجد منه القبض انتهى اتفاقنا (قوله ولهذا لا تجوز اضافته الى الدين الى آخره) ولا ينافي هذا ما تقدم أنه لو أسلم ديناً على المسلم اليه جاز السلم انتهى (قوله ولا يصح الاستقراض بها الا وزناً) أي الا اذا اشترى بها ثوباً أو عرضاً

بالإشارة ولكن لا يتعين للعقد

انتهى غاية (قوله في المتن)
وغالب الغش ليس في حكم
الدرهم إلى آخره) أعلم أن
الكسر يسمى هذا النوع
الستوق فقال الستوق
عندهم ما كان الصفر أو
النحاس هو الغالب فإذا
كان الصفر أو النحاس هو
الغالب كانت في حكم الصفر
أو النحاس حتى لا يباع
بالصفر أو النحاس الأمثلا
بمثل يدا بيد ولكن إذا
بيعت هذه الدراهم بجنسها
متفاضلا جاز ويصرف
الجنس إلى خلاف الجنس
تجوز للعقد ويشتري
القبض لكونه صرفا لأنه
بيع فضة بفضة فلما اشترط
القبض في الفضة اشترط
في الصفر أو النحاس أيضا
لأن في تميزه مضرة انتهى
اتقاني (قوله وإن كان
يأخذها إلى الخ) فإن كان
يقبلها البعض دون البعض
فهى كالزئوف والابتعاق
العقد بعينها بل بجنسها
زئوفا اه (قوله ولعدمه)
الذي بخط الشارح ولعدمها
اه (قوله في المتن والمتساوي
الخ) قال في التحفة وإن
كان الغش مع الفضة سواء
فيكون حكمه حكم الفضة
في أنه لا يباع الا وزنا ولا
يجوز بيعه مجازفة وعددا
وإذا قوبل بالفضة الخالصة
في البيع يراعى فيه طريق

لأنهما لا يتخلوان عن قليل غش إذ هما لا يطبعان عادة بدونه وقد يكون الغش فيه ما خلفه في عسر التمييز
بين المخلوطين والخالقي فيلحق القليل من الغش بالرداءة والردى والجيد منهما سواء عند المقابلة بالجنس
فيجعل الغش الذي فيه ما معدوما حتى لا يكون له اعتبار أصلا بخلاف ما إذا كان الغش هو الغالب
عليه ما حيث تعتبر الفضة والذهب اللذان فيه على ما يذكر من الفرق من قريب إن شاء الله تعالى قال
(وغالب الغش ليس في حكم الدرهم والدنانير) لأن لعبرة الغالب في الشرع قال (فصح بيعها بجنسها
متفاضلا) أي بالمغشوش مثلها عدا أو وزنا لأن الغش من كل واحد منهما مقابل بالفضة
أو الذهب الذي في الآخر فلا يضر التفاضل فيهما لاختلاف الجنس وبشترط التفاضل قبل الافتراق
لأنه صرف في البعض لوجود الفضة أو الذهب من الجانبين وبشترط في الغش أيضا لأنه لا يميز إلا بضرر
بخلاف بيع درهم وثوب بدرهم وثوب حيث لا يشترط القبض إلا في الدرهمين وكذا إذا بيعت بالفضة
الخالصة أو الذهب الخالص لا بد أن يكون الخالص أكثر من الفضة أو الذهب الذي في المغشوش حتى
يكون قدره مثله والزائد بالغش على مثال بيع الزيتون بالزيت والجارية وطوقها بالفضة فاعتبر الفضة
أو الذهب المغلوب بالغش هنا حتى لا يجوز بيعه بجنسه الأعلى طريق الاعتبار ولم يعتبر الغش المغلوب
بالفضة أو الذهب فجعل كآنه كله فضة أو ذهب فيمنع بيعه متفاضلا والفرق بينهما أن الفضة المغلوبة
أو الذهب المغلوب موجود حقيقة طالما من حيث اللون وما لا بالاذقة فإن الذهب والفضة بخلاف
منه بالاذقة فكأنهما موجودين حقيقة وحكما حتى يعتبر ما فيه من الفضة والذهب من النصاب في
الزكاة أيضا بخلاف الغش المغلوب بهما لأنه يحترق أو يهلك ولا لون له في الحال أيضا فلا يمكن اعتباره أصلا
حتى لو عرف أن الفضة أو الذهب الذي في الغش الغالب يحترق ولا يخرج منه شيء كان حكمه حكم
النحاس الخالص حتى لا يكون للفضة أو الذهب الذي فيه اعتبار أصلا ولا يجوز بيعه بجنسه متفاضلا
إن كان موزنا للربا ومثا بخلافه هم الله لم يفتوا بجواز التفاضل في الغطارقة والعقد إلى وإن كان
الغالب فيه الغش لأنهم أعتزوا بالموال في ديارهم في ذلك الزمان فلو أبيع التفاضل فيها لا تفتح باب الربا
قال (والتبائع والاستقراض عبارة عن عدد أو وزنا أو بهما) لأن المعتبر فيما لا نص فيه العادة
وهذا لأن ما كان الغالب فيه الغش صارت كالفلوس فيعتبر فيها عادات الناس كما يعتبر في الفلوس
العادة في المعاملة لهما حتى إذا كانت تروج بالوزن قبل الوزن وإن كانت تروج بالعدد تعتبر بالعدد
وإن كانت تروج بهما فكل واحد منهما ما قال (ولا يتعين بالتعيين لكونه أثمانا) يعني مادامت تروج
لأنها بالاصطلاح صارت أثمانا فإدام ذلك الاصطلاح موجودا لا تبطل الثنية لقيام المقضى قال
(ويتعين بالتعيين إن كانت لا تروج) الزوال المقضى للتمسك وهو الاصطلاح وهذا لأن في الأصل هي
ساعة وانما صارت أثمانا بالاصطلاح فإذا أثر كوا المعاملة بهما رجعت إلى أصلها وإن كان يأخذها البعض
دون البعض فهى مثل الدرهم لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها إن كان البائع يعلم بحالها وإن كان
لا يعلم بحالها وباعه بها على ظن أن الدرهم جياذ يتعلق حقه بالجياذ لوجود الرضا بها في الأولى ولعدمها
في الثانية قال (والتساوي كغالب الفضة في التبائع والاستقراض وفي الصرف كغالب الغش) يعني
الذي استوى غشه وفضته أو غشه وذهب حكمه في التبائع والاستقراض كحكم الدرهم التي غلب عليها
الفضة حتى لا يجوز البيع بها ولا اقراضها بالوزن بمثلة الدرهم الرديئة لأن الفضة موجودة فيها
حقيقة ولم تصر مغلوبة فيجب اعتبارها بالوزن شرعا كالمنطقة في سبيلها إلا أن يشير إليها بالمبايعه فيكون
بيان القدرها ووصفها كالأشياء إلى الدرهم الجيدة ولا ينتقض العقد به إلا كها قبل التسليم ويعطيه مثلها
لأنه أتم فلم يتعين وفي الصرف حكمه كحكم فضة غلب عليها الغش حتى إذا باعها بجنسها جاز على وجهه

الاعتبار أن علم أن الفضة الخالصة أكثر جاز حتى تكون الفضة بازا الفضة وزنا والزيادة بازا الغش وإن كانت الفضة الخالصة أقل من
الفضة التي في المغشوش أو مثلها أو لا يدري لا يجوز لمبايعه من الربا اه اتقاني

(قوله في المتن وكسد الخ) قال الكمال وماذا كرناه في الكساد مثله في الانقطاع والفلوس النافقة اذا كسدت كذلك هذا اذا كسدت أو انقطعت فلو لم تكسد ولم تنقطع ولكن نقصت قيمتها قبل القبض فالبيع على حاله بالاجماع ولا يتخير البائع وعكسه لو غلقت قيمتها وازدادت فكذلك البيع على حاله ولا يتخير المشتري ويطالب بالف بثلث العيار الذي كان وقت البيع اه قال في الاشارات اذا اشترى شيئاً بفلوس فكسدت قبل القبض فسد العقد عندنا خلافاً لفر وقال في شرح الطحاوي ولو اشترى مائة فلس بدرهم فقبض الفلوس أو الدرهم ثم افترا جازا البيع لانهم ما افتروا عن عين يدين فان كسدت الفلوس بعد ذلك فانه ينظر ان كان الفلوس هو المقبوض فلا يبطل البيع لان كساد الفلوس بمنزلة هلاكها وهلاك المعقود عليه بعد القبض لا يبطل البيع وان كان الفلوس غير مقبوض يبطل البيع استحساناً لان كساد الفلوس بمنزلة الهلاك وهلاك المعقود عليه قبل القبض يبطل العقد والقياس أن لا يبطل لانه قادر على أداء ما وقع العقد عليه وقال بعض مشايخنا انما يبطل العقد اذا اختار المشتري ابطاله فسحقاً لان كسادها بمنزلة عيب فيها والمعقود عليه اذا حدث به عيب قبل القبض ثبت للمشتري فيه الخيار والاول أظهر ولو نقد الدرهم وقبض من الفلوس نصفها الخمسين ثم كسدت الفلوس قبل ان ينقد النصف الآخر بطل البيع في نصفها وله أن يسترد نصف الدرهم اه اتقاني (قوله بطل البيع) ليس على حقيقته بل المرد بالبطان الفساد ١٤٢ اه (قوله وعلى هذا اذا باع شيئاً بالدرهم إلى آخره) لما ذكر المصنف حكم

الدرهم التي غلب عليها الاعتبار ولو باعها بالفضة الخالصة لا يجوز حتى تكون الخالصة أكثر عايناه من الفضة لانه لا غلبة لاحدهما على الآخر فيجب اعتبارهما فصار كل واحد منهما بين فضة وقطعة نحاس فباعهما بمثلهما أو بفضة فقط وفي فتاوى قاضيان ان كان نصفها صفراً ونصفها فضة لا يجوز فيه التفاضل فظاهره أنه أراد به فيما اذا بيعت بنفسها وهو يخالف ما ذكرناه ووجهه أن فضتها لم تلمس تصرفاً بوجوب جعلت كأن كلها فضة في حق الصرف احتياطاً قال (ولو اشترى به أو بفلوس نافقة شيئاً وكسد بطل البيع) أي لو اشترى بالدرهم التي غلب عليها الغش أو بالفلوس وكان كل واحد منهما نافقاً حتى جازا البيع لقيام الاصطلاح على الثمنية وعدم الحاجة إلى الإشارة لالتحاقهما بالثمن ثم كسدت بطل البيع وكذا اذا انقطعت عن أيدي الناس وعلى هذا اذا باع شيئاً بالدرهم ثم كسدت أو انقطعت عن أيدي الناس بطل البيع ويجب على المشتري رد المبيع ان كان قائماً والافساده ان كان من ذوات الامثال والافقيته وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا يبطل لان العقد قد صح ببقاء الاصطلاح على الثمنية عند وجوده وانما تعذر التسليم بعده بالكساد وذلك لا يوجب الفساد لاحتمال الزوال بالرواج فصار كل واحد منهما نافقاً بالرطب ثم انقطع عن أيدي الناس واذا لم يبطل البيع عندهما وقد تعذر تسليمه يجب قيمته لكن يعتبر قيمته يوم البيع عند أبي يوسف لان الثمن صار مضموناً به كالمغصوب فانه يعتبر بقيمته يوم الغصب لانه مضمون به وعند محمد يعتبر بقيمته يوم الكساد وهو آخر ما تعامل الناس به لانه يوم الانتقال إلى القيمة لان المسمى كان واجب التسليم إلى أن يتقطع فاذا انقطع انتقل إلى القيمة للتعذر بقيمته يومئذ ولا يحنيفية أن الثمنية بالاصطلاح فتبطل الثمنية والزوال الموجب والمقتضى للمسايق البيع بلائع فيبطل ولا يقال

الدرهم التي غلب عليها الغش لذا باع بها وكسدت قبل القبض وحكم البيع بالفلوس ذكر الشارح حكم البيع بالدرهم الجيدة اه (قوله وانقطعت عن أيدي الناس) قال الكمال وان لم يكن أي المبيع مقبوضاً فلا حكم لهذا البيع أصلاً اه (قوله) نقل في الخلاصة عن المحيط دلال باع متاع الغير بأذنه بدرهم معلومة واستوفى الدرهم فقبل ان يدفع إلى صاحب المتاع كسدت الدرهم لا يفسد البيع لان حق القبض له اه غايه (قوله

ولا افاقته) أي كالمقبوض على وجه البيع الفاسد اه غايه (قوله وقال أبو يوسف ومحمد لا يبطل) قال الاتقاني ان وجه قولهم أن الكساد لا يؤجل لفساد لان غايه ما في الباب أن التسليم بتعذره وتعدرا التسليم لا يوجب فساد العقد اه (قوله) ثم انقطع عن أيدي الناس) أي لا يبطل البيع اتفاقاً وتجب القيمة أو ينتظر زمان الرطب في السنة الآتية فكذا هذا اه فتح (قوله) لكن يعتبر بقيمته يوم البيع) قال الكمال قال في الذخيرة وعليه الفتوى اه (قوله وعند محمد يعتبر يوم الكساد) قال في التحفة وهذا كالاعتلاف بينهما فيمن غصب مثلاً وانقطع قال أبو يوسف يجب قيمته يوم الغصب وعند محمد يوم الانقطاع اه غايه وكتب على قوله وعند محمد يعتبر بقيمته يوم الكساد مانصه قال الكمال وقال محمد وعليه قيمته آخر ما تعامل الناس به وهو يوم الانقطاع لانه لو ان الانتقال إلى القيمة وفي المحيط والتمتع والحفاظ وبه يفتي رفقاً بالناس اه (قوله فيبقى البيع بلائع فيبطل) المراد منه الفساد أيضاً إذ غايته أنه بمنزلة من باع وسكت عن الثمن ولو باع وسكت عنه يكون البيع فاسداً كما ذكره ابن فرشتا في أول فصل البيع الفساد استقلالاً عن الايضاح وقال في الكنز في باب التحالف مانصه اختلاف في قدر الثمن أو المبيع قضى لمن يرهن وإن برهننا لمثبت الزيادة وإن عجز ولم يرضها بدعوى أحدهما تحالفاً وبديين المشتري وفسخ القاضي بطل أحدهما قال الشارح لانهم لما حلفا لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع بثن مجهول أو بلا بدل فيفسخ لان البيع بلائع أو بثن مجهول فاسد ولا بد من الفسخ فيه اه فهذا مرجح بأن

البيع بلائع فاسد لا باطل اذا فسح يستدعي وجود العقد وهو معدوم في الباطل هذا ما ظهر لكاتبه والله الموفق وعبارة الاشارات التي نقلتها عند قوله في المتن كسد الخ تؤيد ما قلته اه (قوله وحده الكساد الخ) قال في الفتاوى الصغرى وتفسير الكساد مذكور في البيوع انها لا تروج في جميع البلدان ثم قال هذا على قول محمد أما عندهما الكساد في بلدة واحدة يكفي في فساد البيع في تلك البلدة بناء على اختلافهم في بيع الفلاس بالفلسين ثم هما يجوز اعتبار الاصطلاح بعض الناس وعنده لا يغير اصطلاح الكل وقال أيضا ولو كان مكلفه كحاج يجب مهر المثل وفي العيون ان عدم الزواج انما يوجب فساد البيع اذا كان لا يروج في جميع البلدان لانه حينئذ يصيرها لكما ويبقى البيع بلائع فأما اذا كان لا يروج في هذه البلدة ويروج في غيرها لا يفسد البيع لانه لم يهلك ولكنه تعيب فكان للبائع الخيار ان شاء قال أعط مثل النقد الذي وقع عليه العقد وان شاء أخذ قيمته ذلك دنانير اه اتقاني (قوله في المتن وصح البيع بالفلاس النافقة وان لم يعين) قال أبو الحسن الكرخي قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد والفلاس والدراهم والدنانير أثمان الاشياء لا تتعين في البيع وان شرط المتبايعان أعيانها ١٤٣ ويكون ما أوجب كل منهما في

العقد على نفسه ديناً في نفعه ولا يجب بر كل واحد منهما أن يسلم ما شرط من العين ان شاء أعطى العين وان شاء أعطى مثلاً وليس المشتري منه أن يجبره على تسليم العين اليه والخيار في ذلك الى البائع دون المشتري قال القدروي في شرحه وذلك لان الفلاس النافقة لا قاعدة في تعيينها فصارت كالدراهم والدنانير واذا لم يتعين فالعقد بالخيار ان شاء سلم ما أشار اليه وان شاء سلم عنها وان هلك لم يفسخ العقد بهلا كهلالة لم يقع عليها وهذا بخلاف ما اذا كانت كاسنة لانها مبيعة فالبيع لا يصح اطلاق العقد عليه ما لم

إن العقد تناول عينها او العين باقية بعد الكساد وهي مقدورة التسليم لاننا نقول تناولها بصفة الثمنية وبالكساد تنعدم الصفة بخلاف انقطاع الرطب فانه يعود غالباً في العام القابل فليس يكن هلاكاً من كل وجه فلم يبطل وفي النحاس وأمثاله الاصل هو الكساد لعدم الانتفاع بعينه فاذا كسد رجع الى أصله على وجه يغلب على الظن أنه لا يعود لان الشيء اذا رجع الى أصله قلما يزدول وحده الكساد أن تترك المعاملة بها في جميع البلدان كانت تروج في بعض البلاد لا يبطل البيع لكنه يتعيب اذا لم تروج في بلدهم فيخبر البائع ان شاء أخذه وان شاء أخذ قيمته وحده الانقطاع أن لا يوجد في السوق وان كان موجوداً في يد الصيارفة وفي البيوت قال (وصح البيع بالفلاس النافقة وان لم يعين) لانها أموال مملوكة صارت ثمناً بالاصطلاح فجاز بيعها ووجب في الذمة كالدراهم والدنانير وان عينها لا تتعين لانها صارت ثمناً بالاصطلاح الناس وله أن يعطيه غيرها لان الثمنية لا تبطل بتعيينها لان التعيين يحتمل أن يكون لبيان قدر الواجب وصفه كما في الدراهم ويجوز أن يكون لتعليق الحكم بعينها فلا يبطل الاصطلاح بالمحتمل ما لم يصرحا بطلانه بان يقولاً أردناه لتعليق الحكم بعينها فحينئذ يتعلق العقد بعينها بخلاف ما اذا باع فلان قبله ليس ببيع ما حيث يتعين من غير تصريح لانه لو لم يتعين لفسد البيع على ما ينمنا من قبل فكان فيه ضرورة تجوز بالجواز وهذا يجوز على التقديرين فلا حاجة الى ابطال اصطلاح الكافة وهذا يأتى على قولهما وعلى قول محمد لا يتعين وان صرحا به وأصل الخلاف أن اصطلاح العامة لا يبطل باصطلاحهما على خلافه عنده وعندهما يبطل في حقهما لعدم ولاية الغير عليهما فلا يلزمهما قال (وبالكساد لا حتى يعينها) أي اذا باع بالفلاس الكاسدة لا يجوز البيع حتى يعينها لانها تسلم فلا بد من تعيينها قال (ولو كسدت أفلس القرض يجب رد مثلها) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يجب عاينه رد قيمتها لانه تعدد ردّها كقبضه لان المقبوض عن الرد وليس بثمن ففادت المماثلة فوجب القيمة كالأستقرض مثلاً فانقطع عن أيدي الناس لكن عند أبي يوسف تعتبر قيمته يوم القبض وعند محمد يوم الكساد وقول محمد أنظر في حق المستقرض لان قيمته يوم الانقطاع أقل وكذا

يتعين اه اتقاني وكسب على قوله النافقة ما نصه النافقة الرائجة اه اتقاني (قوله في المتن ولو كسدت الخ) وانما قيد بالكساد اجتزأ عن الرخص والغلاء لان الامام الاسيحي ذكر في شرح الطحاوي وأجمعوا ان الفلاس اذا لم تكسد ولكن غلت قيمتها أو رخصت فعليه مثل ما قبض من العدد قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره واذا استقرض الرجل من رجل دراهم بخارية أو طيرية أو يزيدية أو فلولاً في الحال التي تنفق فيها ثم كسدت فان بشر بن الوليد قال سمعت أبا يوسف قال عليه في قياس قول أبي حنيفة مثلها واستأر في ذلك عنه ولكن الرواية في الفلاس اذا أقرضها ثم كسدت قال أبو الحسن الكرخي لم تختلف الرواية عن أبي حنيفة في قرض الفلاس اذا كسدت ان عليه مثلها قال بشر وقال أبو يوسف عليه قيمتها من الذهب يوم وقع القرض في الدراهم التي ذكرت لك أصنافها وقال محمد عليه قيمتها اذا كسدت في آخر وقت نفاقها قبل أن تكسد اه اتقاني (قوله في المتن أفلس) والفلاس الذي يتعامل به جمعه في التسليم أفلس وفي الكثرة فلولس اه مصباح (قوله وكذا في حق) أي وكذا قول محمد أنظر في حق القرض أيضاً الخ اه

(قوله وقول أبي يوسف أيسر) قال في الهداية وقول محمد أنظر الجانبين قال الاتقاني أي لجانب المقرض والمستقرض وهذا لان على قول أبي حنيفة يجب رد المثل وهو كاسد وفيه ضرر بالمقرض وعلى قول أبي يوسف نجب القيمة يوم القبض ولا شك أن قيمته يوم القبض أكثر من قيمته يوم الانقطاع وهو ضرر بالمستقرض فكان قول محمد أنظر لهما جميعا اه (قوله معلومة) أي للمقرض والمستقرض وسائر الناس اه غاية (قوله ويوم الكساد لا تعرف) أي تشبهه على الناس ويختلفون فيها اه غاية (قوله وعند أبي يوسف يوم الغصب) والذي يحفظ الشارح يوم البيع بدل الغصب وفيه نظر اه (قوله في المتن ولو اشترى شيئا بنصف درهم فلوس صح) قال في الهداية ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس قال الاتقاني رحمه الله هذا اللفظ القدوري في مختصره قال صاحب الهداية وكذا اذا قال بدائق فلوس أو بغيره فطاف فلوس جاز وقال زفر لا يجوز في جميع ذلك كذا ذكر الخلاف في المختلف والمحصر وغيرهما ١٤٤ وجه قول زفر أن الفلوس تعتبر بالعدد وتقديره بالبدائق والدرهم

في حق المقرض بالنظر الى قول أبي حنيفة وقول أبي يوسف أيسر لان قيمته يوم القبض معلومة ويوم الكساد لا تعرف الا بحرج ولا يبي حنيفة أن القرض عارة وهو جها ردا العين معنى وذلك يتحقق برذمه له والتمنية زيادة فيه لان صحة القرض لا تعتمد التمنية بل تعتمد المثل وبالكساد لم يخرج من أن يكون مثليا ولهذا صح استقراره بعد الكساد وصح استقراره ما ليس بشئ كالخروج والبيع والمكيل والموزون وان لم يكن غنما ولولا انه اعارة في المعنى لما صح لانه يكون مبادلة الجنس بالجنس نسيئة وانه حرام فصار الردود عين المقبوض حكما فلا يشترط فيه الراج كذا العين المغصوبة والقرض كالغصب اذ هو مضمون بمثله والاختلاف فيه مبني على الاختلاف في عين غصب مثليا كالرطب مثلا ثم انقطع عن أيدي الناس يجب عليه قيمته بالاجماع لكن عند أبي حنيفة قيمته يوم الخصومة وعند أبي يوسف يوم الغصب وعند محمد يوم الانقطاع ووجه البناء عندهما ظاهر وكذا عند أبي حنيفة لان قيمتها كاسدة وعينها سواها في يوم الخصومة فلا فائدة لايجاب القيمة والعدل عن العين بل لايجاب العين أولى لانه اعدل من القيمة واعا عدل في الغصب الى القيمة لتعذر رد العين بالانقطاع قال رحمه الله (ولو اشترى شيئا بنصف درهم فلوس صح) وعليه فلوس يباع بنصف درهم وعلى هذا اقول بثلاث دراهم أو بربعة أو بدائق فلوس أو بغيره فطاف فلوس وقال زفر رحمه الله لا يجوز لانه يبيع بما بقيمة نصف درهم فضة أو بفلوس وزنه نصف درهم وكلاهما لا يجوز ما الاول فلانه يباعه بقيمة غيره ولو يباعه بقيمة نفس المبيع لا يجوز بقيمة غيره أولى فصار نظيره ما لو يباع جارية بقيمة عبد وأما الثاني فلان الفلوس مقدرة بالعدد لا بالوزن ولهذا لا يجوز في الكثير منه بهذا الطريق فكذا في القليل أو يكون اشترى بفضة على أن يعطى بدلها فلوسا فيفسد قلنا التبايع بهذا الطريق متعارف في القليل وهو معلوم بين الناس لا تتفاوت قيمة الفضة فيها فلا يؤدي الى النزاع بخلاف ما استشهد به لانه مجهول فيفضي الى النزاع ولو اشترى بدرهم فلوس لا يجوز عند محمد لان الجواز للعادة ولم يوجب في الدرهم وقال أبو يوسف يجوز في الكل لانه معلوم عند الناس ولا تتفاوت قيمة الفضة من الفلوس فصار كالو بين عدد الفلوس فلما أن غنع قال رحمه الله (ومن أعطى صير فيادرهما فقال أعطني به نصف درهم فلوسا ونصفا لاجبة صح) لانه قابل الدرهم بنصف درهم

فاذا لم يتبين عدد الفلوس كان مجهولا فلا يجوز ولان العدة وقع على الدائق والدرهم ثم شرط ايافته من الفلوس يكون شرط صفة في صفة فلا يجوز كما لو اشترى بدرهم فلوس ولنا أن كلاً منافيا اذا كان ما يباع بنصف درهم أو بدائق من الفلوس معلوما عند الناس بأن يكون الدرهم أو الدائق عبارة عن قدر من الفلوس كما يكون كذلك في بعض البلاد فاذا كان قدر الفلوس معلوما كان كانه صرح بقدرها جاز لعدم الجهالة ولا نسلم أن العقد وقع على الدائق والدرهم بل وقع على الفلوس لانه أوضحه بالمفظة الفلوس والفلوس

فلوس

استعمل في الكسور صونا للدرهم عن الكسور وذكر الدائق لتقدير الفلوس

الواجب بالعقد بخلاف ما اذا اشترى بدرهم فلوس لان الفلوس لا تستعمل مكان الدرهم فكان العقد واقعاً على الدرهم ثم شرط ايافته من الفلوس شرط صفة في صفة فلا يجوز اه (قوله ولو اشترى بدرهم فلوس لا يجوز) قال في الهداية ولو قال بدرهم فلوس أو بدرهمين فلوس فكذا عند أبي يوسف لان ما يباع من الفلوس معلوم وهو المراد لا وزن الدرهم من الفلوس وعن محمد أنه لا يجوز ويجوز فيما دون الدرهم لان في العادة المبيعة بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوماً بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول أبي يوسف أصح سيما في ديارنا اه وكتب على قوله في ديارنا ما نصه بما وراء النهر لان قدر ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وايراد هذه المسئلة وهي شراء القاكهة بدرهم فلوس في كتاب الصرف لانه يشبه مبادلة الدرهم بالفلوس وهما من جهة الاتقان والصرف نوع يسع يقع في الاتقان اه اتقاني (قوله في المتن نصف درهم فلوسا) بالنصب على أنه صفة للنصف في قوله نصف درهم ويجوز جرحه على أنه صفة لدرهم أي درهم هو فلوس اه اتقاني بالمعنى

وقوله ونصف درهم الاحبة من الفضة) أي جواز ذلك لان الدرهم لما كان عبارة عن قدر معلوم من الفلوس صار كأنه قال أعطني بهذا الدرهم كذا كذا فلوس ونصف درهم الاحبة فلوصرح بهذا جاز فكذا اذا ذكر ما هو بعينه فكان النصف الاحبة بازا منه من الفضة من الدرهم والفلوس بازاء الباقي من الدرهم قال في الاصل ولو شرطه فقال أعطني كذا كذا فلوس او درهم ما صغيرا وزنه نصف درهم الاقراطا كان هذا جائزا كما اذا تقابضا قبل أن يفترقا اه اتقاني (قوله حتى لو قال أعطني بنصفه) قال في الهداية ولو كرر لفظ الاعطاء كان جوابه بجوابهما لانهم ما يبعان قال الاتقاني رحمه الله ذكره ذاتفرير يعا على ما تقدم (١٤٥) وفيه نظر لانه يفهم من هذا الجواب أن

قول أبي حنيفة كقولهما اذا كرر لفظ الاعطاء بأن يجوز العقد في حصة الفلوس ويبطل في حصة الفضة وليس كذلك فان محمدا ذكر في كتاب الصرف من الاصل وقال واذا دفع الرجل الى رجل درهما فقال أعطني بنصفه ~~كذا~~ كذا فلوسا وأعطني بنصفه الباقي درهم ما صغيرا يكون فيه نصف درهم الاحبة فان هذا فاسد لانه صرف نصفه بنصف الحبة وينبغي على قياس قول أبي حنيفة أن يفسد في الفلوس والدرهم الصغير جميعا لانهم ماصفة واحدة فاذا فسد بعضها فسد كلها وفي قول أبي يوسف الفلوس جائزة لازمة له والدرهم الصغير بنصف درهم الاحبة باطل الى هنا لفظ محمد في الاصل فقد صرح أن الصفة واحدة وصاحب الهداية قال انهما يبعان اه (قوله جاز في الفلوس الخ) أي لان العقد تفرق بتكرار

فلوس ونصف درهم الاحبة من الفضة فيكون نصف درهم الاحبة بمقابلة الفضة ونصف درهم وحببة بمقابلة الفلوس ولو قال أعطني بنصفه فلوسا ونصفه نصف الاحبة بطل في الكل على قياس قول أبي حنيفة وعندهما صح البيع في الفلوس وبطل فيما يقابل الفضة لان الفساد عندهما عند التفصيل يتقدر بقدر الفساد وعنده يفسد وأصل الخلاف أن العقد يتكرر عنده بتكرار اللفظ وعندهما بتفصيل الثمن حتى لو قال أعطني بنصفه فلوسا وأعطني بنصفه نصف الاحبة جاز في الفلوس وبطل في الفضة بالاجماع وقد مر نظيره فيما اذا جمع بين حر وعبد ونحوه ثم ان افتراقا في هذه المسئلة قبل أن يقبض الفلوس والنصف الاحبة بطل في النصف الاحبة لان العقد فيه صرف وقد افتراق قبل قبض أحد البديلين ولا يبطل في الفلوس لان العقد فيها يبيع فيكتفي قبض أحد البديلين ولو لم يعطه الدرهم ولم يأخذ هو الفلوس حتى افترقا بطل في الكل لانهم ما افترقا عن دين بدين فثبت بمجموع ما مضى أن الاموال أنواع نوع عن بكل حال كالنقدين صحبه الباء ولا قبول بلجنسه أو بغير جنسه ونوع مبيع بكل حال كالتياب والدواب والعبيد ونوع عن من وجه مبيع من وجه كالمكيل والموزون غير النقدين فانه ان كان معينا في العقد كان مبيعا وان لم يكن معينا صحبه الباء وقبول بالمبيع فهو عن نوع عن بالاصطلاح وهو سلعة في الاصل كالفلوس فان كان رائجا كان ثمنا وان كان كاسدا فهو سلعة مضمونة وهذا لان الثمن ما يثبت ديناني الذمة عند العرب كذا ذكره الفراء والنقود لا تستحق بالعقد الاديناني الذمة فكانت ثمنيا بكل حال والعروض لا تستحق بالعقد الا عينيا فكانت مبيعة والمكيل والموزون غير النقدين يستحق بالعقد عينيا تارة ودينيا أخرى فكان ثمناني حال مبيعا في حال ومن حكم الثمن أن لا يشترط وجوده في ملك العاقد عند العقد ولا يبطل العقد بقوات تسليمه ويصح الاستبدال به في غير الصرف والسلم ومن حكم المبيع أن يشترط وجوده قبل العقد في غير السلم وأن لا يصح الاستبدال به قبل قبضه ومن شرطهما أن لا يجوز التفاضل عند المقابلة بالجنس في المقدرات وان يجب تعيينهما فيما يتعين وقبضهما فيما لا يتعين وفي غير المقدرات يجب تعيينهما فقط وان قبول بخلاف جنسه فان كان البدلان من المقدرات يجب تعيينهما ان كانا يتعينان بالتعيين ان جمعهما القدر كالخنطة والشعير وان كانا لا يتعينان يجب قبضهما كالذهب والفضة وان لم يجمعهما القدر كالخنطة والفضة أو الفلوس مع أحد النقدين أو كان أحدهما مقدرا والاخر غير مقدر كالتياب مع النقدين أو غيرهما من المقدرات يجب تعيين أحد البديلين دون الاخر كيلا يكون كالثا بكالي والله أعلم

كتاب الكفالة

وهي مطلق الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا أي ضمها الى نفسه وقال عليه الصلاة والسلام أنا

(١٩ - زيلعي رابع) الاعطاء كذا قالوا لكن فيه اشكال لان قوله أعطني مساومة كقوله بعني وبالمساومة لا ينعقد البيع فكيف بتكرار بتكراره ولعل الوجه أن يقال بتكرار أعطني يدل على أن مقصوده تفرق العقد فمل على انهما عقدا عقدين اه ابن فرشتا (قوله وبطل في الفضة بالاجماع) أي لتكرار لفظ أعطني اه (قوله ومن شرطهما) أي المبيع والثمن اه

كتاب الكفالة

ذكر كتاب الكفالة عقيب البيوع من حيث ان الكفالة تكون غالباً في البياعات ولان في الكفالة اذا كان بأمر معني المعاوضة انتهت فناسب ذكرها عقيب البيوع التي هي معاوضة اه اتقاني قال الكمال رحمه الله أورد الكفالة عقيب البيوع لان غالباً يكون حقيقة في

الوجود عقيب البيع فإنه قد لا يطمئن البائع الى المشتري فيحتاج الى من يكفله بالثمن أو لا يطمئن المشتري الى البائع فيحتاج الى من يكفله في المبيع وذلك في السلم فلما كان تحققه في الوجود غالباً بعد ما أوردناه في التعليم بعد ما وُلِّمَها مناسبة خاصة بالصرف وهي أنها تصبح بالآخر معاوضة عما ثبت في الذمة من الأثمان وذلك عند الرجوع الى المكفول عنه ثم لم يزل تقديم الصرف لأنه من أبواب البيع السابق على الكفالة فلم تم الكفالة بعده ومحاسن الكفالة جليلة وهي تفريج كرب الطالب الخائف على ماله والمطلوب الخائف على نفسه حيث كفامؤنة مأهمهم ما وقرحاشهم ما وذلك نعمة كبيرة عليهم ولذا كانت الكفالة من الأفعال العالية حتى امتن تعالى بها حيث قال وكفلها زكريا في قراءة التشديد يتضمن الامتنان على مريم ان جعل لها من يقوم بعصاها ويقوم بها بان أناح لها ذلك وسمى نبياً بذى الكفل لما كفل جماعة من الانبياء الملك أراد قتلهم اه (قوله والاول اخرج) فلا يثبت الدين في ذمة الكفيل خلافاً للشافعي ومالك وأحمد في رواية فيثبت الدين في ذمة الكفيل ولا يسقط عن الاصيل ولم يرجح في المبسوط أحد القولين على الآخر وما يخال من لزوم صيرورة الالف الدين الواحد ألفين أي على القول بأنه ضم ذمة الى ذمة في الدين (١٤٦) كذا كرم بعض الشارحين قال في المبسوط وليس من ضرورة ثبوت المال في ذمة

وكافل اليتيم كهاتين في الجنة أي ضام اليتيم الى نفسه قال رحمه الله (هي ضم ذمة الى ذمة في المطالبة) هذا في الشرع وقيل هي ضم ذمة الى ذمة في الدين لأنه مطالب بالدين والمطالبة به و لا دين محال وهذا لان المطالبة بانهاء الدين فرع وجوب الدين ولا يتصور ان فرع بدون الاصل والاحكام تشبه لهذا ألا ترى انه لو وهب الطالب الدين من الكفيل صح ورجع به على الاصيل وهبة الدين من غير من عليه الدين لا تصح وكذلك لو اشترى الطالب بالدين شيئاً من الكفيل صح والشرء بالدين لا يجوز الا لمن عليه الدين ولا يلزم من وجوب الدين عليه ما أن يتكرر الاستيفاء لان الدين الواحد لا يمكن استيفاءه مرتين ويمكن وجوبه على شخصين كالغاصب وغاصب الغاصب فان الدين واجب عليهم ما ولا يستوفيه الا من أحدهما أي ما شاء والاول أصح لانه يستحيل أن يجب دينان ولا يستوفي الا أحدهما وأما وجوب المطالبة بدين على غيره فممكن ألا ترى أن الوكيل بالشراء يطالب بالدين وهو على الموكل حتى لو أبرأه البائع صح وكذا الوصي يطالب بالدين على الصغير وليس عليه ما دين والمولى يطالب بقضاء دين على عبده المأذون أو ببيعة عند طلب الغرماء بيعه ولادين عليه فاذا أمكن ايجاب المطالبة عليه من غير لزوم الدين فلا حاجة الى ايجاب الدين عليه لانه محال في الحقيقة لما فيه من جعل الدين الواحد دينين فلا يصار اليه الا عند الضرورة كما اذا وهب الدين له أو اشترى به منه شيئاً فيثبت بقدر الدين على الكفيل ضرورة تصحيح تصرفه فيجعل في حكم دينين ولا ضرورة قبله فلا حاجة الى هذا التقدير وفي الغاصب وغاصب الغاصب لا يجب له الا دين واحد على أحدهما غير عين فلهذا اذا اختار أحدهما ليس له أن يطالب الآخر لتضمنه التملك منه وهذا نفس الكفالة وسببها مطالبة من له الحق للتوثيق بتكثير محل المطالبة أو تيسير وصول حقه اليه وركنها الايجاب والقبول عندهما خلافاً لابي يوسف آخرها وشرطها أن يكون الدين ثابتاً صحيحاً بخلاف بدل الكتابة على ما يجي في موضعه وأن يكون المكفول به تمكن الاستيفاء من الكفيل وأهلها أن يكون الكفيل من أهل التبرع حتى لا يصح عن لا يملك التبرع كالعبد المأذون له في التجارة والمكاتب والصغير

الكفيل مع بقائه في ذمة الاصيل ما يوجب براءة حق الطالب لأن (١) (قوله وفي الغاصب الخ) قال الوالد الجي رجل غصب من رجل مالا فغصب ذلك المال غريم المغصوب منه فالتفتا أن المغصوب منه بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني لان الاول غاصب والثاني غاصب الغاصب فان ضمن الاول لم يبرأ الثاني وان ضمن الثاني برئ الاول اه ذكره في الغصب (قوله وركبتها الايجاب) قال الاتقاني وركبتها ايجاب الكفيل وقبول المكفول له خلافاً لابي يوسف في القبول وحكمها وجوب المطالبة على

الكفيل بما على الاصيل وعند الشافعي حكمها وجوب الدين على الكفيل اه وكتب ما نصه قال الكمال وأما ركنها وكذا فلا ايجاب والقبول بالانفاذ الآتية ولم يجعل أبو يوسف في قوله الأخير القبول ركناً لجعل الكفالة تتم بالكفيل وحده في الكفالة بالنفس والمال وهو قول مالك وأحمد وقول للشافعي واختلفوا على قول أبي يوسف فقيل ان الكفالة تصح من الواحد وحده ووقفاً على اجازة الطالب أو تصح نافذاً وللطالب حق الرد فائدة الخلاف انما تظهر فيما اذا مات المكفول له قبل القبول من بقول بالتوقف بقول لا يؤخذ به الكفيل اه (قوله وشرطها الخ) ومن شرطها أيضاً أن يكون الدين صحيحاً سواء كان على الصغير أو على العبد المحجور لانه يطالب بعد العتق اه غاية وكتب ما نصه قال في البدائع ومنها الحرية وهي شرط فإذا هذا انصرف فلا تجوز كفالة العبد محجوراً كان أو مأذوناً في التجارة لانها تبرع والعبد لا يملك التبرع بدون إذن مولاه ولكنها تنعقد حتى يؤاخذ به بعد العتاق لان إعدام النفاذ ما كان لانعدام الأهلية بل لحق المولى وقد زال بخلاف الصبي لانها غير منعقدة منه لعدم الأهلية فلا يحتمل النفاذ اه (قوله كالعبد المأذون له في التجارة) قال الشيخ كمال الدين فلا كفالة من صبي ولا عبد محجور وقال في باب كفالة العبد فلذا لا تصح من الصبي غير المأذون اه

(قوله وقال الشافعي لا تجوز الخ) قال الكمال ثم نقل عن الشافعي أن الكفالة بالنفس لا تجوز وهو قول له مخالف للقول الاظهر عندهم وهو انما جائز كقولنا اه (قوله فلا يتناول الحديث) وأجيب بأن الغرم لا يختص بالمال بل الغرم أداء ما يلزم مما يضره والغرام اللازم ذكره في الجمل والكفيل بالنفس يلزمه الاحضار وقد ثبت بالقياس على كفالة المال وهو ما أشار اليه المصنف بقوله والحاجة اليه ماسة وقد أمكن تحقيق معنى الكفالة وحاصله إلحاقه بجامع عموم الحاجة اليها احياء للحقوق (١٤٧) مع الاحتياج والقبول والشرايط اه

(قوله وفيه) أي الضرر موجود في الكفالة بالنفس لانه يلزم باحضاره فيتضرر به اه (قوله في المتن بكفلت بنفسه الخ) شروع في ذكر اللفاظ التي تشبه الكفالة وهي صريح وكناية فالصريح كفلت وضمنت وزعيم وقبيل وجعل وعلى والى ولك عندي هذا الرجل وعلى أن أوافيك به أو على أن ألقاك به أو دعه الى رحيل بالمهملة بمعنى ككفيل به يقال حمل به جملة بفتح العين في الماضي وكسرها في المضارع وروى في الفائق الجمل ضامن وأما القبول فهو أيضا بمعنى الكفيل ويقال قبل به قبالة بفتحها في الماضي وضمها وكسرها في المضارع ثم هذه اللفاظ توجب لزوم موجب الكفالة اذا أضيفت الى جملة البدن أو ما يعبر به عن الجملة حقيقة في اللغة والعرف وما لا فلا على وزان الطلاق على ما مر مثل كفلت أو أنا جعل أو زعيم بنفسه أو ورقبته أو روحه أو جسده أو رأسه أو بدنه

وكذا لا يصح من المريض الامن الثالث لانه لا يملك التبرع بأكثر منه وأنواعها في الاصل نوعان كفالة بالنفس وكفالة بالمال والكفالة بالمال نوعان كفالة بالبدن فتجوز مطلقا اذا كانت صحيحة وكفالة بالاعيان وهي نوعان كفالة باعيان مضمونة فتصح الكفالة بها وذلك كالمغصوب والمهور وبدل الخلع والصلح عن دم العمد ونحو ذلك وكفالة بأعيان هي أمانة غير واجبة التسليم كالودائع والمضاربات والشركة ونحو ذلك مما ليس بواجب التسليم فلا تصح الكفالة بها أصلا وكفالة باعيان هي أمانة واجبة التسليم كالعارية والمستأجرة أو بعين مضمونة بغيره كالبيع فان الكفالة به لا تصح وبسليمها تصح والفاظها مذكورة في المتن قال رحمه الله (وتصح بالنفس وان تعددت) أي وان تعددت الكفالة بأن أخذ منه كفيلان ثم كفيلان وكذا تجوز اذا تعددت النفوس المكفولة بها أيضا كما تجوز بالبدن الكثيرة وقال الشافعي رحمه الله لا تجوز الكفالة بالنفس لانه لا قدر له على تسليمه اذ لا ولاية له عليه لاسيما اذا تكفل بغير أمره لانه لا يعتد له ولا يلزم طاعته وكذا اذا كان بأمره لان أمره بالكفالة بالمال لا يثبت له ولاية في ماله ليوثي عنه من ماله فالنفس أولى فصار كالمال باع طير في الهواء بخلاف الكفالة بالمال لانه ان لم يكن له ولاية على مال الاخر فله ولاية على مال نفسه فيؤدي من ماله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الزعيم غارم من غير فصل بين الكفالة بالنفس أو بالمال فيقتضي شرعهما ولا يقال الكفالة بالنفس لا غرم فيها فلا يتناول الحديث لانا نقول الغرم عبارة عن ضرر يلزمه قال الله تعالى ان عذابها كان غراما وفيه ذلك ولان الحاجة ماسة اليها ضرورة احياء حق العباد وقد أمكن العمل بموجبها بأن يعلم مكانه فيجزي بينه وبينه اذ الخلية تسليم أو يوافقه اذا دعاه أو يكرهه بالحضور الى مجلس الحاكم والتزامه لذلك ورضا خصمه به دليل على قدرته فتصح وان لم يقدر عليه استعانة بأعوان القاضى فكانت مفيدة ولانه التزم ما هو مستحق على الاصل اذ تسليم النفس على المذمى عليه واجب معني انه يجب عليه الحضور الى مجلس الحاكم فتصح كالكفالة بالمال والدليل على انه يجب عليه الاجابة اذ ادعى أن الله تعالى ذم المستمع من الحضور بقوله عز وجل واذا دعوا الى الله ورسوله الاية والذم يستحق بترك الواجب وعن الصحابة رضى الله عنهم أنهم أجازوا الكفالة بالنفس وضمنت أم كثر وم بنفس على حين جرى بينه وبين عمر رضى الله عنهم خصومة وكفل رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا بتهمة والتكفيل أخذ ذاك الكفيل بالنفس ولان شرط صحة الالتزام أن يكون الملتزم ممكنا وجوده عقلا لا حقيقة ألا ترى أنه اذا التزم ألف حجة بالنذر يصح ويلزمه وان لم ينأت منه حقيقة لقصر عمره عادة وقدرته على احضاره ممكن فتصح واذا صحت تصح متعددة أيضا لان حكمها استحقاق المطالبة وهي تحتل العدد والالتزام الاول لا يمنع الالتزام الثاني اذا لمقصود منها التوثيق فلا تنافي قال رحمه الله (بكفلت بنفسه وجميعا عن البدن وبجزء شائع) أي تصح الكفالة بقوله كفلت بنفس فلان أو بما يعبر به من أعضائه عن جميع البدن كراسه ووجهه ورقبته وعنقه وجسده وبدنه بأن قال تكفلت برأسه أو بوجهه الى آخره أو تكفل بجزء شائع منه بأن قال تكفلت بشلته أو بربعه كل ذلك جائز لان هذه الاشياء يعبر بها عن جميع البدن عرفا وقد ينافى الطلاق قال رحمه الله

أو وجهه لان هذه يعبر بها حقيقة كالنفس والجسد والبدن عرفا ولغة ومجازا كهورأس ويحرق رقبة وتقدم في الطلاق ولم يذ كر محمد رحمه الله ما اذا كفل بعينه قال البخاري رحمه الله لا يصح كافي الطلاق الا أن ينوي به البدن والذي يجب أن يصح في الكفالة والطلاق اذا عين مما يعبر به عن الكل يقال عين النوم وهو عين في الناس ولعله لم يكن معروفا في زمانهم أما في زماننا فلا شك في ذلك اه كمال رحمه الله (قوله أو بربعه) أي أو بجزء منه لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تجزأ فذكر بعضها شائعا كذكر كلها اه كمال رحمه الله وقوله لا تجزأ بأن يكون بعضها كفيلا وبعضها لا اه

(قوله في المتن وبضمنته) قال الكمال رحمه الله ووجه ضمنته بأنه تصریح بوجبه لأن موجب الكفالة لزوم الضمان في المال في أكثر الصور اه ووجه تضاده أن ضمنته من ألفاظ الكفالة بالمال لا النفس وقد تبع الكمال في هذا الميزه العلامة قاسم فقال عند قول صاحب الجمع وقوله ضمنته هذه في الكفالة بالمال فينبغي الإفصاح لئلا يتوهم أنها في النفس اه واعلم أني قد راجعت بعون الله نقولا كثيرة من المتن والشروح والفتاوى فبعضهم يصريح بأن ضمنته من ألفاظ الكفالة بالنفس كالنسفي في كافيته وبعضهم في قوة الصريح فإنهم يذكرونها في الكفالة لا بالنفس في الكفالة بالمال ولم أر أحدا من مشايخنا ذكرها في ألفاظ الكفالة بالمال والله الموفق لكن قال الشيخ أبو نصر الأقطع رحمه الله في شرح القدوري عند قوله في الكفالة بالنفس وكذلك أن قال ضمنته أو هو على أو إلى أو أنا زعيم به أو قبيل وإذا ثبت أن هذه الألفاظ يصح الضمان (١٤٨) به فلا فرق بين ضمان النفس أو ضمان المال بها اه وينبغي أن يقال هذه الألفاظ

(وبضمنته) أي تصح بقوله ضمنته لك لأنه تصریح بوجبه يقتضي الكفالة لأنه يصير ضمانا للتسليم والعقد ينفع بالتصريح بوجبه كعقد البيع ينفع بلفظ التمليك قال رحمه الله (وبعلى) يعني تصح بقوله على لأن كلمة على للوجوب قال الله تعالى والله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا قال رحمه الله (والى) لأنها بمعنى على في هذا المقام قال عليه الصلاة والسلام من ترك كالأ أو عيالا فإلى قال رحمه الله (وأنا زعيم به) لأن الكفيل يسمى زعيما قال الله تعالى حكاية عن صاحب يوسف وأنا به زعيم أي كفيل قال رحمه الله (وقبيل به) لأن القبيل هو الكفيل ولهذا يسمى الصك قبالة لأنه يحفظ الحق فيكون وثيقة كالكفيل قال رحمه الله (لأننا ضامن لمعرفة) أي لا يصير كفيل بقوله أنا ضامن لك بمعرفته فلان وقال أبو يوسف يصير ضمانا للعرف لأنهم يريدون به الكفالة وجه الأول أنه التزم معرفته دون المطالبة فصار كالتزامه دلالة عليه أو قال أو فقد علمه قال رحمه الله (فإن شرط تسليمه في وقت بعينه أحضره فيه إن طلبه) لأنه التزمه بالشرط في الكفالة فيجب عليه الوفاء به إن طلبه في ذلك الوقت أو بعده كالدين المؤجل إذا طلبه صاحبه بعد حلول أجل قال رحمه الله (فإن أحضره ولا حبسه الحاكم) لا متناعه عن إيفاء ما وجب عليه ولكن لا يحبس أول مرة لاحتمال أنه ما عرف لماذا يدعى فيمهل حتى يظهر له مظهره لأنه جزء الظلم وهو ليس بنظام قبيل الماطلة قال العبد الفقير ينبغي أن يفصل كالفصل في الحبس بالدين فإنه هذا القبيل إذا ثبت الحق باقراره لا يعجل بحبسه وأمره بدفع ما عليه لأن الحبس جزاء الماطلة فلم يظهر بأول الوهلة وإن ثبت بالبيينة حبسه كما وجب لظهور مظهره بالانكار فكذلك هنا ينبغي أن يفصل على هذا التفصيل وذكر في النهاية معز بالي الإيضاح وهذا إذا لم يظهر بحره وأما إذا ظهر بحره فلا معنى لحبسه إلا أنه لا يحال بينه وبين الكفيل فيلزمه ميطالبه ولا يحول بينهم وبين أشغال جمعه كما فلس بالدين إذا ثبت بالقرار أو بالبيينة قال رحمه الله (وإن غاب أمهله مدة ذهابه وإيابه) أي إن غاب المكفول بنفسه يؤجل الكفيل مدة قطع المسافة ولا يحبس لأنه لم يظهر مظهره بعد والحبس للماطلة قال رحمه الله (فإن مضت ولم يحضره حبسه) أي إذا مضت المدة ولم يحضره حبسه لأنه ظهر مظهره والحبس جزاؤه قال رحمه الله (وإن غاب ولم يعلم مكانه لا يطالب به) لأنه عاجز وقد صدقه الطالب عليه فصار كالمدين إذا ثبت اعساره وإن اختلفا فقال الكفيل لا أعرف مكانه وقال الطالب تعرف يتظر فإن كانت له خرجة معروفة يخرج إلى موضع معلوم للتجارة في كل وقت فالقول قول الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب إلى ذلك الموضع لأن الظاهر يشهد للطالب وإن لم يعرف منه ذلك كان القول قول الكفيل لأنه متمسك بالأصل

إذا أطلعت تحمل على الكفالة بالنفس وإذا كان هناك قرينة على الكفالة بالمال فتتبع حيث شئت للكفالة به (قوله في المتن) لا أنا ضامن لمعرفة أي وكذا معرفته وكذا أنا ضامن على أن أو فقد علمه أو على أن أدلك عليه أو على منزله ولو قال أنا ضامن لتعريفه أو على تعريفه ففيه اختلاف المشايخ والوجه أن يلزم لأنه مصدر متعدي لاثنين فقد التزم أن يعرفه الغريم بخلاف معرفته فإنه لا يقتضي إلا معرفة الكفيل للطالب وعن نصير قال سأل ابن محمد بن الحسن أباسليمان الجوزجاني عن رجل قال لا آخر أنا ضامن لمعرفة فلان قال أبو سليمان أمان في قول أبي حنيفة وأبيك لا يلزمه شيء وأما أبو يوسف قال هذا على معاملة الناس وعرفهم قال الفقيه أبو

الليث في النوازل هذا القول في النوازل غير مشهور والظاهر ما عن أبي حنيفة ومحمد في خزانة الواقعات وبه يفتي وهو أي بظاهر الرواية لكن نص في المنتقى في قول أبي يوسف فبين قال أنا ضامن لك بمعرفته فلان يلزمه وعلى هذا معاملة الناس وفي فتاوى النسفي لو قال الذي لك على فلان أنا أدفعه لك أو أسلمه إليك أو أقبضه لا يكون كفالة ما لم يتكلم بما يدل على الالتزام وفي الخلاصة عن متفرقات خاله فيه بما إذا قاله منجزا فلو معلقا يكون كفالة فخران يقول إن لم تؤد فإنا أودى نظيره في السدور لو قال أنا أج لا يلزمه شيء ولو قال إن دخلت الدار فإنا أج يلزمه الحج اه كمال رحمه الله (قوله قال الفقير الخ) هذا يؤهم أنه من تفقه الشارح وليس كذلك بل هو من أصل الرواية عن علما شافعا ذكره مشراح الأصل اه (قوله فلا معنى لحبسه) كما إذا مات المكفول به فإن الكفالة تبطل اه فتح (قوله في المتن وإن غاب) أي وعلم مكانه (قوله ولم يحضره حبسه) أي إلى أن يظهر للقاضي تعذرا لاحتضاره عليه بدلالة الحال أو لشهود بذلك فيخرج من الحبس ويتظر

وهو الجهل ومنكر لزوم المطالبة وقال بعضهم لا يلتفت الى قول الكفيل ويجبسه القاضي الى أن يظهر
عجزه لان المطالبة كانت متوجهة عليه فلا يصدق على اسقاطها عن نفسه بما يدعى وان أقام الطالب بينة
انه في موضع كذا امر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع واحضاره اعتباراً للثابت بالبينة بالثابت
معينة وكذا الوارد لو لم يدار الحرب لا تسقط الكفالة فيؤجل الكفيل مدة ذهابه ومجيئه ولا يقال
بعد للحاق بدار الحرب صار كاللوث ولهذا يقسم ماله بين ورثته فينبغي أن يبرأ الكفيل كالومات حقيقة
لأننا نقول هذا ليس كونه حقيقة وانما هو موت حكمي في حق قسمته ماله بين ورثته فأما في حق نفسه
فهو حي مطالب بالتوبة والرجوع وتسليم النفس الى الخصم فبقى الكفيل على ككفاله هكذا ذكره
في النهاية معزاً الى المبسوط وفيه قال في الذخيرة انه اذا لحق بدار الحرب مرتداً ينظر فان كان الكفيل
قادراً على رده بأن كان بيننا وبينهم مواعدة ان من لحق بهم مرتداً يردونه اليه اذا طلبنا يجهل الكفيل
قدر ذهابه ومجيئه وان لم يكن قادراً لا يؤخذ به ثم في كل موضع قلنا انه يؤمر بالذهاب اليه للطالب أن
يستوثق الكفيل بكفيل آخر حتى لا يغيب الاخر فيضيع حقه قال رحمه الله (فان سلمه بحيث
يقدر المكفول له أن يخاصمه كعصر برئ) لانه أتى بما التزمه اذ لم يلتزم تسليمه الامرة واحدة وحصل
مقصود الطالب أيضاً بذلك فلا حاجة الى ابقاء الكفالة فصار نظيره ما لو تكفل بعمال وقضاه سواء كان
التسليم غير مشروط في وقت أو كان مشروطاً فيه فسلمه في ذلك الوقت أو قبله لان الاجل حق الكفيل فله
أن يسقطه كالدين المؤجل اذا قضاه قبل حلول الاجل يجبر الطالب لان الاجل حق المدين فله أن يسقطه
ثم التسليم يكون بالتخليه بينه وبين الخصم وذلك برفع الموانع فيقول له هذا خصمك فأنت أعلم بشأته فخذ
ان شئت ثم لا يتخلو إما أن يسلمه بعد طلبه أو لا فان كان بعد طلبه برئ وان لم يقل سلمته اليك بحكم الكفالة
لانه يتضمن اعادة قول الطالب وان سلمه بغير طلب لا يبرأ حتى يقول سلمته اليك بحكم الكفالة قال رحمه
الله (ولو شرط تسليمه في مجلس القاضي سلمته) لان الشرط مفيد فيلزمه تسليمه على الوجه الذي التزمه
فأذا سلمه في مجلسه برئ لما ذكرنا وكذا اذا سلمه في السوق لحصول المقصود وقيل لا يبرأ وهو قول زفر وبه
يفتى في زماننا لم تهاون الناس في اقامة الحق وان سلمه في برية أو في سواد لا يبرأ لانه لا يقدر على مخاصمته
في ذلك المكان وكذا لو لم يشترط التسليم في مجلس الحاكم لا يبرأ بمثل هذا التسليم لما ذكرنا وان سلمه في مصر
آخراً غير المصر الذي كفل فيه برئ عند أبي حنيفة رحمه الله لان المعبر تسليمه على وجه يتمكن من احضاره
مجلس القاضي وقد وجد وعندهما لا يبرأ لانه لم يسلمه على الوجه الذي التزمه وهو أن يسلمه في مصر كفيل
فيه وهو مفيد لاحتمال أن يكون شهوده فيه أو يعرف قاضي ذلك المصر حادته فلا يبرأ الا بالتسليم فيه
قلنا الاحتمال مستبعد فانه يحتمل أن يكون شهوده في ذلك المصر وكذا يحتمل أن يكون قاضي ذلك المصر
يعلم حادته فتعارض الموهومان فبقى التسليم سالماً عن المعارض فيبرأ وقيل هذا اختلاف عصر وزمان
لا اختلاف جهة وبرهان فأوضحه قال ذلك في زمنه حين كانت الغلبة لاهل الصلاح والعمال كانوا
يتعاونون على البر ولا يميلون الى الرشوة فلا يختلف الحال بين مصر ومصر آخرهما فالأدلة بعد ما ظهر
الفساد وتغيرت أحوال القضاة والعمال حتى لا يقيموا الحق الا بالرشوة فيكون على هذا التقدير مصر
أسهل لاثبات حقوقه ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لان المقصود من التسليم تمكنه من
احضاره مجلس الحاكم لثبوت عليه الحق ولا يفيده في الحبوس قال رحمه الله (وتبطل عتوت المطلوب
والكفيل لا الطالب) يعني الكفالة تبطل بعت المكفول بنفسه وبعت الكفيل ولا تبطل بعت المكفول
له لان المطلوب بعت برئ هو بنفسه وبرائه فوجب براءة الكفيل لانه أصيل والكفيل تبع فاذ عجز عن
الحضور بالموت سقط عنه فكذا عن التبع لما قلنا وبعد موت الكفيل لا يتحقق التسليم منه ورثته
لا يقومون مقامه لانهم يتخلفونه فيما له لا فيما عليه وماله لا يصلح لبقاء هذا الحق وهو احضار المكفول به
بخلاف الكفيل بالمال اذ اذامات لان ماله صالح له وحكمه بعدموته يمكن فيوفى من ماله ثم يرجع الى الورثة

ولم يفصل في المذهب بين
المسافة البعيدة والقريبة
وللشافعي فيما اذا كانت
مسافة القصر وجهان
أظهرهما لا يسقط الطالب
كافي دونها والثاني يسقط
الحاقاً بالغيبة المنقطعة اه
(قوله مواعدة) أي مواعدة
اه وبه عبر السكاكي وقوله
مواعدة كذا بخط الشارح
رحمه الله (قوله في المدين
ولو شرط تسليمه في مجلس
القاضي الخ) ولو شرط أن
يدفع اليه عند الامير فدفع
عند القاضي أو عزل ذلك
الوالي وولى غيره فدفع اليه
عند الثاني جاز اه غاية
نقلنا عن الخلاصة (قوله
لاثبات حقوقه) قال السكال
وقوله ما أوجه اه (قوله
ولا يفيده في الحبوس) نقل
في الفتاوى الصغرى عن
كفالة العيون اذا
ضمن لاخر بنفسه فحبس
المطلوب فأثبت به الذي ضمنه
الى مجلس القاضي فدفعه
قال محمد لا يبرأ لانه في
السجن وان كان انما ضمنه
بنفسه وهو في السجن فدفعه
اليه في السجن يبرأ وان
كان ضمنه في السجن ثم خلى
عنه ثم حبس ناساً فدفعه
اليه قال ان كان الحبس
الثاني في أمر من أمور
التجارة أو نحوها فله أن يدفع
اليه في الحبس وان كان في
شيء آخر من أمور السلطان
لا يبرأ اه غاية

(قوله المكفول له) كذا بخط الشارح وصوابه المكفول عنه اه (قوله اذموجب التصرف يثبت من غير تنصيص عليه) أى كالغاصب يرد العين المغصوبة الى المغصوب منه يبرأ بمجرد التسليم مع أنه جان وهذا أولى لأنه لم يوجد منه الجناية وكتبت الملك بالشرافانه يثبت بلا شرط لأنه موجب التصرف وكل الاستتاع (١٥٠) يثبت بمجرد النكاح الصحيح فإنه موجب اه غايه (قوله اذالم يقل من كفالته) أى

على المكفول له ان كانت الكفالة بامرء والا فلا شيء لهم كما اذا أدى هو بنفسه حال حياته واذا مات الطالب تخلفه وصيه أو وارثه فلا يبتل حقه اذ هم قائمون مقامه في استيفائه قال رحمه الله (وبرئ بدفعه اليه وان لم يقل اذادفعته اليك فانا برئ) لان موجب التسليم البراءة فثبت به وان لم ينص عليها اذ موجب التصرف يثبت من غير تنصيص عليه ولا بد من أن يقول سلمته اليك بحكم الكفالة وان لم يقل لا يبرأ لان التسليم قد يكون بحكم الكفالة أو استعانة أو اجارة الا اذا كان بطلبه حينئذ لا يحتاج فيه الى أن ينص عليه لتقدم ما يدل عليه وكذا اذا أقر الطالب بالقبض لا يحتاج فيه الى النص لان الظاهر أنه لا يقر الا باستيفاء حقه ولو سلم الكفيل المكفول به الى الطالب فأبى أن يقبله يجبر على القبول وينزل قابضا بالتخليه لأنه لو لم يجعل قابضا لضرر الكفيل فصار كالغاصب يرد العين المغصوبة أو قيمتها وكلمة اذا قضى الدين بخلاف ما اذا سلمه غيره بغير أمر الكفيل حيث لا يجبر على القبول لانه أجنبي فصار نظيره قضاء الدين من الاجنبي قال رحمه الله (وبتسليم المطلوب نفسه من كفالته وتسليم وكيل الكفيل ورسوله) يعني بتسليم هؤلاء يبرأ الكفيل لان المكفول به مطالب بالتسليم و واجب عليه أن يسلم نفسه فاذا سلم فقد حصل المقصود فلا معنى لبقاء الكفالة بعد ذلك ووكيل الكفيل يقوم مقامه ورسوله سفير عنه فيكون فعلهما كفعله وشرط برأته أن يقول كل واحد من هؤلاء سلمت اليك بحكم الكفالة على ما بينا وفي لفظ المختصر ما يشعر بذلك فإنه قال وبتسليم المطلوب نفسه من كفالته شرط أن يكون التسليم من كفالته فهذا دليل على أنه لا يبرأ اذالم يقل من كفالته نص عليه في الكفيل ووكيله ورسوله في المبسوط والمحيط وفي تسليم المكفول بنفسه في فتاوى قاضيخان ولوسله اليه رجل أجنبي بغير أمره وقال عند الدفع سلمته اليك عن الكفيل فان قبلها الطالب برئ الكفيل وان سكت الطالب ولم يقل قبلت لم يبرأ الكفيل ذكره قاضيخان في فتاواه قال رحمه الله (فان قال ان لم أوافق به غدا فهو ضامن لماعليه فلم يوافق به أومات المطلوب ضمن المال) لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافقة فاذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لانها كانت ثابتة قبل وجوب المال عليه فلا تنقضي بوجودها الأثرى أنه لو كفله ما جله في وقت واحد صحت ولو تناهى لما صحت وهذا لان الكفالة للتوثق والتوثق بالكفالة بالنفس لا ينافي التوثق بالكفالة بالمال كما لا ينافي التوثق بكفالة نفس أخرى أو بمال آخر وقال الشافعي رحمه الله الكفالتان باطلتان أما الكفالة بالنفس فقد بينا قوله من قبل وأما الكفالة بالمال فلانها معلقة بشرط على خطر وتعليق وجوب المال بالشرط غير جائز كالبيع ونحوه وهذا هو القياس ولنا أن الناس تعاملوه والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع وغيره وباب الكفالة أوسع لتكونها من التبرعات ولان الكفالة تشبه البيع انتهاء من حيث ان الكفيل يرجع على الاصيل اذا كان بامرء وتشبه النذر ابتداء من حيث انه التزام ابتداء فلسببه بالبيع ينبغي أن لا يجوز تعليقه بالشرط أصلا وباعتبار النذر وجب أن يجوز بطلق الشرط فقلنا يجوز تعليقه بشرط متعارف ولا يجوز بغيره عملا بالشبهين والتعليق بعدم الموافقة متعارف ولا نسلم أنه تعليق لوجوب المال وانما هو تعليق لوجوب المطالبة في الصحيح على ما مر من قبل فيصح فاذا صح تعليقه بعدم الموافقة لم يوافق به مع قدرته أو لهجه بموته أو بجنونه فقد وجد الشرط فيلزمه المشروط لان عدم الموافقة لا يختلف باختلاف السبب فان قيل شرط وجوب المال عدم موافاة

لأنه يجب عليه تسليم نفسه فيكون عن نفسه اه غايه (قوله في المتن فان قال ان لم أوافق به غدا الخ) ولو قال ان وافيتك به غدا فعلى ما عليه ووافقاه لم يلزمه المال اه صغرى في الوكالة وكتب عليه أيضا مانصه لان المتعارف هو تعليق الكفالة بعدم الموافقة لاتعليقها بالموافاة اه (قوله فهو ضامن لماعليه) انما قيد بهذا لانه اذالم يقل لما عليه بل قال اذالم يوافق به الى وقت كذا فعليه كذا لاتصح الكفالة عند محمد وسيجيء اه غايه (قوله لان الكفالة بالمال الخ) لانه اذا أدى المال برئ عن أحد الضمانين فلا يلزم من راءة أحد الضمانين البراءة من الضمان الآخر فلزمه احضاره لعدم المناقاة بين الضمانين لان الضمانين للتوثق فيجوز أن يدعى عليه ديناً آخر فلا جرم أنه وجب الاحضار اه غايه (قوله وهذا هو القياس) قال الاتقاني ولما قوله تعالى ولن جاءه جمل بعير وأناه زعيم والزعيم الكفيل بيانه ان الله تعالى علق الكفالة بالمال بالشرط وهو الجبى بالصاع فعلم أن تعليق

الكفالة بالشرط صحيح وهذا لان شريعة من قبلنا نلزمنا اذا قص الله تعالى من غير انكار اه (قوله من حيث) مستحقة أى انها معاوضة انتهاء الأثرى الخ اه (قوله وباعتبار النذر وجب) أى اذا قال ان كنت فلانا فعلى أن أتصدق به ذم الدراهم فكلم فلانا وجب عليه أن يتصدق بها اه بدائع (قوله والتعليق بعدم الموافقة متعارف) أى بين الناس لانها التأكيد الكفالة بالنفس لان الغرض من الكفالة بالنفس الوصول الى الحق وفي الكفالة بالمال ذلك فصح فاذا صح التعليق ووجد الشرط يلزم المال اه اتقاني رحمه الله

(قوله ولا فرق بين أن يبين المائة أول يمينها) قال تاج الشريعة في شرح الهداية معنى المسئلة رجل قدّم رجلا إلى القاضي وأدعى عليه مائة دينار وبينهما بان قال ركنية أو نيسابورية أو لم يبينها بان ادعى عليه مائة ولم يزد على ذلك أو ادعى حقا مطلقا أو مالا مطلقا وفي جامع شمس الأئمة ومن ادعى على آخر مائة دينار وبينهم أو لم يبينها أي وبين مقدار المدعى به أو لم يبين مقدارا المدعى به وكذا في جامع قاضيان اه (قوله بخاطر) هو عدم الموافقة اه فتح (قوله عند عدم الموافقة به) وهذا الوجه لا يمنع صحة الكفالة بالنفس اه كمال (قوله وفي غيرهما من الحدود ولا يجبر) ذكر الشيخ الامام علاء الدين الاسيحاوي في أول كتاب (١٥١) الكفالة من شرح كتاب الكافي أن

الكفالة بنفس من عليه حد القذف وحد السرقة ومن عليه القصاص في النفس ومادون النفس تصح انهما الخلاف في الجبر على اعطاء الكفيل في الحدود لا يجبر بالاجماع وفي القصاص لا يجبر عند أبي حنيفة وعند صاحبيه يجبر وقال في الشامل في قسم المبسوط وفي القصاص وحد القذف والسرقة جازت الكفالة بالنفس ولا تجوز الكفالة بنفس الحد وقال في الشامل أيضا في أواخر كتاب الكفالة من قسم المبسوط لا تجوز كفالة في قصاص وحد ويقول القاضي لمدعي القذف الزمه إلى قياي ان كانت بينك حاضرة عند أبي حنيفة وعندهما يأخذ كفيلا ثلاثة أيام ثم قال والخلاف في أمر القاضي ما عطائه لافي الصحة فانه لو كفل انسان صح وذكر أبو الحسن الكرخي أن الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص جائزة في قولهم اذا بذلها المطلوب بنفسه

مستحقة عليه وجوب المكفول به برئ الكفيل فلم يجب عليه احضاره فكيف يلزمه المال بعدم موافقته بعد ما برئ ألا ترى أن الطالب اذا أراه عن الكفالة بالنفس ولم يحضره لا يجب عليه المال لفقد شرطه فكذا هنا قلنا لا ابراء وضع للفسخ فتفسخ به الكفالة بالنفس من كل وجه والموت لم يوضع للفسخ وانما برئ العجز عن التسليم المستحق بالكفالة لان المستحق عليه تسليم يقع ذريعة إلى انحصام وهو عاجز عنه فكان ضروريا فينتهز من التسليم ولا ضرورة إلى انفساخه في حق الكفيل بالمال فلا يفسخ العقد في حقه وان مات الكفيل فقد ذكرا ضيقا في وقتا واما وارثه كان بمنزلة الكفيل ان دفعه إلى الطالب برئ وان لم يدفعه حتى مضى الوقت كان المال على الوارث يعني من تركه الملبت ولومات الطالب فدفع الكفيل المكفول به إلى وارث الطالب في الوقت برئ وان لم يدفعه حتى مضى الوقت لزمه المال وهو ظاهر قال رحمه الله (ومن ادعى على آخر مائة دينار فقال رجل ان لم أوف به غدا فعليه المائة فلم يوف به غدا فعليه المائة) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف آخره ولا فرق بين أن يبين المائة أو لم يبينها بان تعلق رجل على رجل فلم يوفه فقال له عليك حتى ولم يدع عليه مالا مقدرا فقال له رجل آخر دعه فانا كفيل بنفسه فان لم أوفك به غدا فعلى مائة دينار فادعى المدعى وأثبت الزم الكفيل وقال محمد رحمه الله ان لم يبينها ثم ادعى وبينها لا يلزمه وله قيسه وجهان أحدهما ما قاله أبو منصور الماتريدي رحمه الله وهو أن الكفيل علق مالا مطلقا بخاطر حيث لم يقل التي لك عليه فكانت هذه رشوة التزمها الكفيل له عند عدم الموافقة به فهذا واجب أن لا يصح وان يبين المدعى لأن عدم النسبة إليه هو الذي أوجب البطلان والثاني ما قاله الكرخي وهو أن المدعى لمسلم يبين لم تصح دعواه فلم يجب احضاره إلى مجلس القاضي فلم تصح الكفالة بالنفس أيضا لعدم صحة الدعوى ولم تصح الكفالة بالمال أيضا لانها مبنية على الكفالة بالنفس فاذا بطل الاصل بطل الفرع وهذا الوجه يوجب أن تصح الكفالة اذا بين المال عند الدعوى ولهما أن هذه كفالة أمكن تصحيحها فتصح أما اذا بين المال عند الدعوى فلان المال ذكر معرفا فينصرف إلى ما على المدعى عليه لان العادة جرت بالارسال والمراد ما عليه وأما اذا لم يبين فلان العادة جرت بالابهام في الدعوى في غير مجلس القضاء فيجملونهم بالاجالا ولا يبينونها الا عند القاضي دفعا لحيل الخصوم ووصونا للكلامهم إلى وقت الحاجة فصحت الدعوى والملازمة على احتمال البيان من جهته فاذا بين انصرف بيانه إلى ابتداء الدعوى فظهر به أن الكفالة بالنفس قد صحت فتصح الكفالة بالمال أيضا لانها مبنية عليها ولانه لو جعل التزاما لمسا عليه تصح والا فلا فيعمل عليه تصحيحا التصرفه ولو كفل رجل بنفس رجل على أنه ان لم يوف به يوم كذا فعليه مالا الطالب على فلان آخر جاز ذلك استحسانا وهو قول محمد رحمه الله وفي القياس لا يجوز وهو قول أبي يوسف ذكره قاضيان وفي المحيط جعل الخلاف بالعكس وجعل أبا حنيفة مع أبي يوسف قال رحمه الله (ولا يجبر على الكفالة بالنفس في حدود وقود) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يجبر في حد القذف والقصاص وفي غيرهما من الحدود ولا يجبر ولو سمعت به نفسه من غير طاب يجوز بالاتفاق لهما أن الكفالة بالنفس

ولكن هل للقاضي أن يأمره بالكفيل اذا طلب الخصم قال أبو حنيفة لا يأخذ القاضي منه كفيلا ولكن يجبره حتى تقام عليه البينة أو يسه وفي كذا ذكر في التحفة ثم لا يجبره القاضي حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه القاضي فيشهد أنه زنى أو قتل فيجبره القاضي حينئذ بثبوت التهمة بأحد شطري الشهادة من العدد والعدالة حتى يشهد عليه الشهود العدول اه غاية (قوله ولو سمعت) أي لو تبرع باعطاء الكفيل وسامح في ذلك نفس المطلوب وبذل الكفيل بنفسه في القصاص وحد القذف والسرقة فصحت الكفالة بالاجماع لانه التزم تسليم النفس وتسليم النفس واجب اه غاية

(قوله وله قوله عليه الصلاة والسلام لا كفالة في حد مطلقا) رواه البيهقي من حديث عبد الله بن عمرو اه وكتب على قوله في حد مطلقا يعني لم يفرق بين حد فيه حق العبد وبين حد هو خالص حق الله تعالى فلا تجوز الكفالة في جميع الحدود وهذا من كلام شريح لا من كلام النبي عليه الصلاة والسلام ذكره الخصاص في أدب القاضي عن شريح وقال الصدر الشهيد في شرح أدب القاضي روى هذا الحديث مرفوعا إلى النبي صلى الله عليه وسلم ولنا في رفعه نظر اه غايه (قوله ومبناها) أي حد القذف والقصاص اه (قوله بنفس من عليه) أي إذا سمعت به نفسه اه (قوله فإذا لم يكفل عنده) أي عند أي حنيفة اه (قوله لكن يأمره بالملازمة الخ) ليس المراد بالملازمة المنع من الذهاب لأنه جنس لكن يذهب الطالب مع المطلوب فيدور معه أينما دار كيلا يتغيب اه (قوله بخلاف دعوى الاموال حيث لا يجبس الخ) والجبس بالتممة ذكره أيضا في أول باب (١٥٣) الحدود وقال الكمال في باب الحدود وأما قوله وقد جبس رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا بالتممة فخرج أبو داود والترمذي والنسائي عن بهز بن حكيم عن جده معاوية بن حيدة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جبس رجلا في تهمة زاد الترمذي والنسائي ثم خلى سبيله وحسنه الترمذي وصححه الحاكم وروى عبد الرزاق في مصنفه عن عمار بن مالك قال أقبل رجلان من بني غفار حتى نزلا بضيعة من مياه المدينة وعند هاتين من غطفان معهم ظهر لهم فأصبح الغطفانيون وقد فقدوا بعيرين من البهائم فاتهموا الغفار بين فأتوا بهما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فجلس أحد الغفاريين وقال لا أخرج أذهب فالتس فلم يك إلا يسير حتى جاء بهما فتال النبي صلى الله عليه وسلم لأحد الغفاريين استغفر لي فقال غفر الله لك

شرعت لتسليم النفس وتسليم النفس واجب على الأصل هنا فصحت الكفالة به كافي دعوى المال بخلاف الحدود والخالصة لأنهم محض حق الله تعالى والكفالة شرعت وثيقة لصاحب الحق كيلا ينفوت حقه والله تعالى غني عنه وبخلاف نفس الحد والقصاص حيث لا يجوز به إجماعا لأنه لا يمكن استيفاءه من التكفيل فلا يشرع وله قوله عليه الصلاة والسلام لا كفالة في حد مطلقا ولأن الكفالة للاستيثاق ومبناها على الدرع فالإجبار على إعطاء التكفيل فيهما يفضي إلى فساد الوضع بخلاف سائر الحقوق لأنها لا تسقط بالشبهات ولوأعطى بنفسه التكفيل من غير طلب فيهما إجماع لأن تسليم النفس مستحق على الأصل فتصح الكفالة به بخلاف غيرهما من الحدود وألحق التمرناشي حد السرقة بهما في حق جواز التكفيل بنفس من عليه بالأجماع وفي الإجماع عليه عندهما وأنه جعل ذلك منه لأن الدعوى شرط فيه كالمشروط فيهما والمدعى يحتاج إلى أن يجمع بين شهوده ومطوبه فربما يخفى المطالب بنفسه فيستوثق بكفيل بخلاف غيره من الحدود لأن الدعوى ليس بشرط فيها ولا يجب عليه حضور مجلس الحاكم بسبب الدعوى إذا لسمع دعوى أحد فيها فلا تجوز الكفالة بها أصلا وإن طابت بها نفسه وسمعت فإذا لم يكفل عنده بالزمره إلى أن يقوم القاضي من مجلسه فإن أقام البينة فيها أو لا خلى سبيله وليس تفسير الجبر عندهما هنا أن يجبر بالجبس وغيره من العقوبة لكن يأمره بالملازمة ويدور معه حيث دار وإذا أراد دخول داره استأذنه فإن أذن له دخل معه وإن لم يأذن له منعه من الدخول وأجلسه في باب الدار كيلا يتغيب بالخروج من موضع آخر قال رحمه الله (ولا يجبس فيهما حتى يشهد شاهدان مستوران أو عدل) أي لا يجبس في الحدود والقصاص حتى يشهد شاهدان مستوران أو واحد عدل يعرفه القاضي بالعبد لأنه لا يجبس هنا بالتممة الفساد وشهادة المستورين تصلح للحكم به فتصلح لاثبات التهمة وخبر الواحد حجة في الديانات والمعاملات فيثبت بشهادة العدل التهمة وإن لم يثبت به أصل الحق والجبس بتهمة الفساد مشروع لأنه عليه الصلاة والسلام جبس رجلا بتهمة بخلاف دعوى الاموال حيث لا يجبس فيه ما لم يثبت لأنه نهاية العقوبة فيه فلا يثبت إلا بحجة تامة كالحذ نفسه وعنهم ماله لا يجبس في الحدود والقصاص أيضا للحصول المقصود وهو الاستيثاق بالكفالة قال رحمه الله (وبالمال ولو مجهولا إذا كان ديناً صحيحاً بكفالت عنه بألف وبالك عليه وعابدين كثر في هذا البيع وما بايعت فلاناً فعلى وما ذاب لك عليه فعلى وما غصبك فلان فعلى) أي تصح الكفالة بالمال ولو كان المكفول به مجهولاً بقوله كفلت لأن الكفالة مشروعة فيه عليه إجماع الأمة وهي مبنية على

رجلا بالتممة فخرج أبو داود والترمذي والنسائي عن بهز بن حكيم عن جده معاوية بن حيدة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جبس رجلا في تهمة زاد الترمذي والنسائي ثم خلى سبيله وحسنه الترمذي وصححه الحاكم وروى عبد الرزاق في مصنفه عن عمار بن مالك قال أقبل رجلان من بني غفار حتى نزلا بضيعة من مياه المدينة وعند هاتين من غطفان معهم ظهر لهم فأصبح الغطفانيون وقد فقدوا بعيرين من البهائم فاتهموا الغفار بين فأتوا بهما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فجلس أحد الغفاريين وقال لا أخرج أذهب فالتس فلم يك إلا يسير حتى جاء بهما فتال النبي صلى الله عليه وسلم لأحد الغفاريين استغفر لي فقال غفر الله لك

بارسول الله فقال عليه الصلاة والسلام ولا وقتك في سبيله قال فقتل يوم القيمة اه ما قال الكمال **فرع يحفظ** التوسع التكفيل بأمر الأصل إذا أدى المال إلى الدائن بعدما أدى الأصل ولم يعلم به لا يرجع على الأصل لأنه متى حكمى فلا يفرق فيه العلم والجهل كمرل الوكيل ضمناً قاله في القنية قبل باب الكفالة بالنفس اه (قوله لأنه نهاية العقوبة فيه) وفي الحدود والقصاص أقصى العقوبة القتل والقطع والضرب فإذا جبس قبل ثبوت القصاص والحدود اه غايه (قوله ولو كان المكفول به الخ) وإنما قيد بذكر المكفول به والمكفول عنه لأنه إذا كان أحدهما مجهولاً لا تصح الكفالة ألا ترى إلى ما قال في شرح الطحاوي ولو قال لرجل ما ذاب لك على أحد من الناس فهو على قانه لا يصح لجهالة المضمون عنه وكذلك لو قال ما ذاب عليك لأحد من الناس فهو على قانه لا يصح لجهالة المضمون له اه اتفاقاً وكتب أيضاً ما نصه قال الوالو الخ ولو قال لرجل ما بايعت فلاناً فهو على قانه لا يصح لجهالة المضمون له اه اتفاقاً وكتب الكفالة لجهالة المكفول به لأنه لا يدري ما بايع وهي لا تمنع صحة الكفالة بعد أن يكون المكفول عنه والمكفول له معلوما اه

(قوله فانه ليس بدين صحيح) أي لان الدين الصحيح لا يسقط الا بالاداء والبراء اه غايه (قوله في المتن وطلب) كذا بخط الشارح وعبارة المتن وطلب اه (قوله بشرط أن لا يبرأهم الخيل كقائه) قال قاضيخان رحمه الله رجل له على رجل مال فقال الطالب لالمطلوب أحطني بمالي عليك على فلان على أنك ضامن لذلك فهو جائز وله أن يأخذ المال من أيهما شاء لانه لما شرط الضمان على الخيل فقد جعل الحوالة كفالة لان الحوالة بشرط عدم براءة الخيل كفالة اه ومن هذا يعلم حكم ما يقع في زماننا من قول رب الدين للدين أحطني على فلان وضمن لي صحة الحوالة اه (قوله في المتن ويصح تعليق الكفالة بشرط ملا) ثم قال في القنية في باب تعليق الكفالة بعد أن رقم لصاحب الخيل وقال تعليق الكفالة بشرط متعارف صحيح وبغيره لا يصح وأطلق القدوري رحمه الله في محله صرحه ويجوز تعليق الكفالة بالشرط قال الاقطع في شرحه اذا كان الشرط لوجوب الحق أو لا مكان الاستيفاء جاز تعليقها به (١٥٣) كقوله اذا استحق المبيع أو قدم زيد

لان الاستحقاق للوجوب وقدم زيد قد يسهل به الاداء بأن يكون مكفولا عنه أو مضاربه وان كان الشرط بخلاف ذلك لم يجوز كقوله ان هبت الريح أو جاء المطر ثم رقم اشرح أي ذكر انما يجوز تعليق الكفالة بسبب وجوب الحق فأما دخول الدار وقدم زيد ليس من أسباب الحق فلا يجوز تعليق الضمان به قال رحمه الله الآن الأوضح ما ذكره أبو نصر انه يصح بقدم زيد وقد نص عليه في تحفة الفقهاء اه (قوله كشرط) هذا هو الثابت في نسخ المتن وفي خط الشارح كشرط اه (قوله كان قدم زيد الخ) لان قدم المكفول عنه سبب للوصول الى الاداء اه (قوله كقوله ما غصبك فلان فعلي) وقال في الاجناس أيضا ولو قال ما قضى لك به على فلان فعلي انه لا يلزم

التوسع فيحمل فيها الجهالة اليسيرة وغيرها بعد أن يكون متعارفا وعلى الكفالة بالدرك انفع الا لاجماع مع انه لا يعلم كم قدر ما يستحق من المبيع وكفي به حجة وشرطه أن يكون دينيا صحيحا كذا كرنا له اذا لم يكن الدين صحيحا كبذل الكتابة لا تجوز الكفالة به وتجوز الكفالة بالشبهة وقطع الاطراف اذا لم يكن موجب القصاص لان الارش دين صحيح لا يسقط بالموت بخلاف بدل الكتابة فانه ليس بدين صحيح ألا ترى ان المكاتب عليك اسقاطه قال رحمه الله (وطالب الكفيل أو المدينون الا اذا شرط البراءة فحينئذ تكون حوالة كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأهم الخيل كفالة) أي الطالب بخير ان شاء طالب الكفيل وان شاء طالب الاصيل وكذا له أن يطالبهم ما معالاهم موجب الكفالة اذ هي تنبئ عن النظم وذلك يقتضي بقاء الاول لا البراءة الا اذا شرط براءة الاصيل فحينئذ تكون حوالة فلا يطالب الاصيل كما اذا أحال بشرط أن لا يبرأ الخيل فله أن يطالبه لما عرف ان العبرة للمعاني لا بمجرد اللفظ قال رحمه الله (ولو طالب أحد هما له أن يطالب الآخر) لما ذكرنا بخلاف المنعصوب منه اذا اختار أحد الغاصبين لان اختياره أحد هما يتضمن التملك منه عند قضاء القاضي به فلا يمكنه التملك من الآخر بعد ذلك وأما المطالبة بالكفالة لا تقتضيه مالم يوجد منه حقيقة الاستيفاء قال رحمه الله (ويصح تعليق الكفالة بشرط ملائم كشرط وجوب الحق كان استحق المبيع أو لا مكان الاستيفاء كان قدم زيد وهو مكفول عنه أو لتعذره كان غاب عن المصير) أي يجوز تعليق الكفالة بشرط ملائمة لا بطلان الشرط والملازمة تثبت بكون الشرط سببا لوجوبه كقوله ان استحق المبيع فعلي الثمن أو بكونه ممكنا من الاستيفاء كقوله ان قدم فلان فعلي ما عليه من الدين أو بكونه سببا لتعذر الاستيفاء منه كقوله ان غاب زيد فعلي ما عليه من الدين فهذه جملة الشروط التي يجوز تعليق الكفالة بها والاصل فيه قوله تعالى ولمن جاء به حل بعير وأناه زعيم فوجه التمسك بالآية انه علق الكفالة بالشرط وذلك الشرط سبب لوجوب الحل على المحي بالصاع وشريعة من قبلنا شريعة لنا لم تنسخ ولا يقال الكفيل من يكون ضامنا عن غيره وهذا الكفيل ضامن عن نفسه لانه هو الذي يجب عليه الاجرة لا نأقول أمكن حل الآية على الكفالة بأن يكون رسولا من جهة الملك والرسول سفير فلا تجب عليه الاحكام كانه يقول ان الملك قال لمن جاء به حل بعير ثم يقول هو من جهته وأنا بذلك الجمل الذي على الملك كفيل ولا يقال ان الآية تدل على أن الكفالة للجهول جائز وانتم لا تقولون به فلم تبق لكم حجة لانا نقول جاز أن تنسخ من هذا الوجه وتبقى معولاهم من جهة التعليق لاجماع الامة على ان ضمان الدرك جائز ولو كان منسوخا لما جاز ثم الاصل فيه أن الجهالة في المال المكفول به لا تنفع صحة الكفالة كقوله ما غصبك فلان فعلي

(٣٠ - زيلعي رابع) الكفيل ما أقر به المطلوب حتى يقضى به عليه ولومات المطلوب قبل أن يقضى عليه فخاصم الطالب ورثته أو وصيه فقضى له عليهم بحق لزم الكفيل ولومات الكفيل لحقه في تركه ذكره في تركه الاصل وفي نوادر هشام عن محمد لو قال لاخر ما غصبك فلان أو ما سرفك فاني له ضامن جاز ذلك الضمان ولو قال ما غصبك أهل هذه الدار فانه ضامن فهو باطل حتى يسمى انسانا بعينه لان تقديره ضمنت لك ما يجب على واحد من الناس ولو صرح بذلك لم يجوز ولا كذلك اذا سمى انسانا بعينه لانه لو صرح فقال ما يجب لك على فلان فهو على جاز وعلى هذا المعنى ذكر في كفالة الاصل لو قال من بايع فلان اليوم من بيع فعلي فبايعه وغير واحد لم يلزم الكفيل شي لان تقديره ضمنت لواحد من الناس فلم يصح ولو قال لقوم حاضرين ما بايعتموه به من شيء فعلي جاز لانه قد ضمن لمعينين ولو قال ان لم يعطك فلان مالك فأنا ضامن لم يلزم الضامن شي حتى يتقاضاه الطالب فيقول لا أعطيك ولومات المطلوب قبل التقاضي فقال وارثه أعطيك

أولاً أعطيك فالمال يلزم الكفيل وفي نوادر ابن سماعة عن محمد بن لو قال ان نقضت فلم يعطك فأنا له ضامن فبات المطلوب قبل التقاضي بطل
عن الضمان وقال في المجرد قال أبو حنيفة لو قال رجل لرجل ما يابعت فلانا على فبايعه مرة بعد مرة يلزمه ثمن ما يابعه في أول مرة ولا يلزمه
ثمن ما يابعه بعده وفي نوادر أبي يوسف رواية ابن سماعة يلزمه كذا هذه المسائل كلها منذ كورة في الاجناس ونقل في خلاصة الفتاوى عن
الاصل رجل قال لودع ان أتكلف المودع وديعتك أو جحد فأنا ضامن لك صح ولو قال ان قتلك أو ابنك فلان خطأ فأنا ضامن صح بخلاف ان
أكلك سبع اه انتقاني قال الكمال بخلاف ان أكلت سبع ونحوه مما ليس ملائماً كان دخلت الدار أو قدم فلان وهو غير مكفول عنه
أو هبت الريح أو جاء المطر لا يصح هذا التعليق وكذا اذا جعل كل منهما أجلاً يعني من هبوب الريح ومحجى المطر كأن يقول كفلت لك
بمالك عليه الى أن تهب الريح أو الى أن يحجى المطر لا يصح الآن الكفالة تثبت حالة ويبطل الاجل بخلاف ما لو علقه ما بهما من نحو اذا
هبت الريح فقد كنت لك مالاً عليه فان الكفالة باطلة أصلاً ولو جعل الاجل الحصاد والدياس أو المهر جان أو العطاء أو صوم النصارى
جائز الكفالة والتأجيل فالخاصل أن الشرط الغير الملائم لا يصح مع الكفالة أصلاً ومع الاجل الغير الملائم تصح حالة ويبطل الاجل اه
(قوله وجهالة المكفول له) قال الولوالجي (١٥٤) ولو قال انقوم ما يبعثونهم أو أنهم وغيرهم فهو على لزمه دين من خاطبهم ولم يلزمه دين غيرهم

وجهالة المكفول له أو المكفول عنه تمنع حتى لو قال من غصبك من الناس أو بايعك أو قتلك فأنا كفيل لك
عنه أو قال من غصبته أنت أو قتلتك فأنا كفيل له عنك لا يجوز الا اذا كانت الجهالة في المكفول عنه يسيرة
مثل أن يقول كفلت لك بمالك على أحد هذين فحينئذ يجوز فالتعيين الى المكفول له لانه صاحب الحق قال
رحمه الله (ولا يصح بنحو ان هبت الريح فتصح الكفالة ويجب المال حالا) يعني لا يصح تعليق الكفالة
بهبوب الريح ونحوه كنزول المطر فان علق به تصح الكفالة ويجب المال حالا هكذا ذكر في الهداية
والكافي وهذا سهو فان الحكم فيه أن التعليق لا يصح ولا يلزمه المال لان الشرط غير ملائم فصار كالمعلقة
بدخول الدار ونحوه مما ليس ملائماً ذكره قاضيان وغيره ولو جعل الاجل في الكفالة الى هبوب الريح
لا يصح التأجيل ويجب المال حالا وكذا الكفالة بالنفس يجوز تعليقه بشرط ملائم كالكفالة بالمال
في جميع ما ذكرنا ولا يجوز تعليقه بشرط غير ملائم ويجوز تأجيلها الى أجل معلوم والجهالة اليسيرة فيها
متحملة كالتأجيل الى القطاف وقدم الحاج ولا يجوز الى هبوب الريح أو نزول المطر فان أجله اليه بطل
الاجل ولزمه تسليم النفس حالا قال رحمه الله (فان كفله عليه فبرهن على ألف لزمه) يعني اذا تكفل
رجل بماله على فلان فأقام الطالب البينة على أن له عليه ألف درهم لزم الكفيل لان الثابت بالبينة
كالثابت عياناً وان لم يقر فلا يجب عليه شيء لان قول الطالب لا يكون حجة على المطلوب وهو المكفول عنه
ولا على الكفيل لانه مدعى فلا يقبل قوله البينة قال رحمه الله (ولا اصدق الكفيل فيما أقر بحلفه ولا ينفذ
قول المطلوب على الكفيل) يعني اذا أقر الكفيل بشيء والمسئلة بحالها وادعى الطالب أكثر من ذلك كان
القول قول الكفيل لانه منكر ولو أقر المكفول عنه بأكثر من ذلك لا ينفذ قوله على الكفيل لعدم ولايته
عليه لان الاقرار على الغير لا ينفذ الا اذا كان عن ولاية وهذا بخلاف ما اذا قال ما ذاب لك على فلان فعلى

لان الخاطئين مع المومنون
وغيرهم مجهولون اه (قوله
لا يجوز الا اذا كانت الجهالة
في المكفول) قال قاضيان
في كتاب الاقرار قبيل فصل
اقرار المريض رجل قال
لغيره من بايعك بشيء فأنا
كفيل عنك بمائة لم
يجز ولو قال من بايعك من
هؤلاء وأشار الى قوم معينين
معدودين فأنا كفيل عنك
بمائة جاز اه (قوله في المتن
ولا يصح بنحو ان هبت الريح)
اعلم أن نسخ المتن قد اختلفت
في هذا الموضع ففي نسخة
وعليها شرح الزيلعي رحمه
الله كما شاهدته في خطه
هكذا ولا يصح بنحو ان هبت

الريح فتصح الكفالة ويجب المال حالا وعلى هذه النسخة يكون ما نسبته الزيلعي من السهو للهداية والكافي منسوبا فأقر
اعباراً أكثر والذي في غالب نسخ المتن ويرى عليه جمع من الشراح هكذا ولا يصح بنحو ان هبت الريح فان جعل أجل تصح الكفالة
ويجب المال حالا ولا سهو في عبارة الكثر على هذا (قوله فان علق به تصح) كقوله ان هبت الريح فأنا ضامن أو ان تزل المطر فأنا كفيل اه
(قوله هكذا ذكر في الهداية والكافي) صاحب الهداية قد صاحب المبسوط في هذا الاستعمال فانه ذكر فيه التعليق وأراد به التأجيل
بجامع أن في كل منهما عدم ثبوت الحكم في الحال اه دراية (قوله ولو جعل الاجل في الكفالة الى هبوب الريح لا يصح) كما اذا قال
كفلت بكذا الى أن تظطر السماء أو تهب الريح اه (قوله لزم الكفيل) لانه أي الكفيل ضمن بماله وقد ظهر بالبينة ان ماله على المكفول
عنه ألف والثابت بالبينة كالثابت عياناً فصار كالثابت ضمن بالالف التي عليه اه (قوله الا اذا كان عن ولاية) قال الانتقاني أما اذا عجز الطالب
عن البينة فالقول قول الكفيل في مقداره ما أقر به لانه مال مجهول لزمه بقوله فكان القول قوله كما اذا أقر بشيء مجهول وانما اعتبر قول
الكفيل مع اليمين لان من جعل القول قوله فيما كان هو خصمه ما فيه والشيء مما يصح بنده كان القول قوله مع عينه كالمدعي عليه بالمال وأما
اذا أقر المكفول عنه بأكثر مما يترف به الكفيل لم يصدق في أكثر على الكفيل لان اقرار المكفول عنه تضمن شيئين أحدهما على نفسه
والآخر على الكفيل فيصدق في اقراره على نفسه لان له ولاية على نفسه ولا يصدق على الكفيل لعدم ولايته عليه قال في الشامل في قيم

المطلوب ما ذاب لك على فلان فهو على أو ما ثبت أو ما قضى عليه فأقرنا المطلوب ببل لزم الكفيل الا قوله ما قضى عليه لم يلزمه إلا أن يقضى
القاضي لأن قوله ما ذاب أي حصل وقد حصل باقراره ولو قال مالك أو ما أقرناك به أحس فقال المطلوب أقررت له بألف لم يلزم الكفيل لأنه
قبل ما لا وجبا عليه لا ما لا وجبا عليه في الحال ولم يثبت أنه واجب فان قال ما أقرناك في الحال يلزمه لأنه لم يقل ما كان أقرناك ولو أباي
المطلوب العين فالرزمة القاضي لم يلزم الكفيل لأن الشكول ليس باقرار بل بذل إلى هنا لفظ الشامل اه (قوله والقياس أن لا يلزمه شيء لما
بيننا) وكذا الوقال ما بايعته فعلى فقال المكفول عنه بايعني وبجد الكفيل يؤخذ الكفيل بذلك استحسانا بدون بينة اه خلاصة (قوله في
الدين فان كفيل بأمره يرجع الخ) رجل كفيل عن رجل يعمل بغير أمره ثم أجازنا المكفول عنه الكفالة فأدى الكفيل شيئا لا يرجع على
المكفول عنه اه قاضيان وسيأتي في كلام الشارح قبيل كتاب الحوالة معلله اه وكتب مانصه ثم ينبغي لك أن تعرف أن رجوع
الكفيل على المكفول عنه اذا وجد لا مراما يكون اذا كان المكفول عنه ممن يجوز (١٥٥) اقراره على نفسه بالدين ويمك التبرع

والا فلا وبه صرح في التهمة
وكفاية البيهقي وغيرهما
حتى ان الصبي المحجور اذا
أمر رجلا أن يكفل عنه
فكفل وأدى لا يرجع لان
الاصل مستقرض عن
الكفيل معنى واستقرض
الصبي لا يتعلق به ضمان
بخلاف استقرض البالغ
وأما العبد المحجور لا يرجع
عليه الا بعد العتق لان
أمره صحيح في حق نفسه
دون مولاه اه اتقاني (قوله
لأنه قضى دينه بأمره) أي
لان الكفالة اذا كانت بأمر
كانت بمعنى القرض كأنه
قال أقرضني كذا وأدفعه
إلى فلان وذلك جائز فكذلك
هذا اه اتقاني (قوله
أو بالعكس يرجع بالمال
المكفول به) قال في التهمة
ثم الكفيل يرجع بما ضمن
لأعما أدى لأنه ملك ما في ذمة

فأقر فلان على نفسه بألف درهم مثلا فأنكر الكفيل ما أقر به حيث يلزمه ما أقر به المطلوب استحسانا
والقياس أن لا يلزمه شيء لما بينا وجه الاستحسان أنه تكفل بما تقرره عليه في المستقبل وقد تقرره عليه
باقراره وهذا لأنه متم كفل عما يجب له عليه فيشترط الوجوب عليه فيما أتى بأي طريق كان وفي مسألة
الكتاب تكفل بما عليه في الحال فاذا أخبر الطالب أو المطلوب بما عليه كان متم ما فلا يصدق ما لم يقيم
البينة ويصدق المطلوب في حق نفسه لا قراره عليه كالريض اذا أقر بدين رد اقراره في حق غرماء الصحة
ويقبل في حق نفسه حتى اذا فضل شيء من غرماء الصحة كان للقر له قال رحمه الله (فان كفيل بأمره يرجع
بما أدى عليه) لأنه قضى دينه بأمره معناه اذا أدى ما ضمن وكان المكفول عنه غرضي محجور عليه وغير
عبد محجور عليه أما اذا أدى خلافه بأن كان الدين المكفول به جيدا فأدى ردأ أو بالعكس يرجع بالمال
المكفول به لا بما أدى لأنه ملك الدين بالادعاء فنزل منزلة الطالب كما اذا ملكه بالهبة أو بالارث بأن مات الطالب
والكفيل وارثه أو وهبه له حال حياته وهي جائزة للكفيل وان كانت لا تجوز لغير من عليه الدين لأنه ينتقل
الدين إليه بعتق ضمانة لله ونقله بالحوالة أو بجعل كدينين للضرورة أو نقول بوجوبه عليه
للضرورة فلا يجب عليه أن يسامح الاصيل بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث يرجع بما أدى ان أدى أردأ
من الدين وان أدى أجود منه لا يرجع الا بالدين لان لم يلزم ولم يجب عليه شيء في ذمته وانما يثبت له حق
الرجوع بالاداء بأمره ولهذا لو وهبه الدين لأعما فكيف يرجع عليه بما أدى ما لم يخالف أمره بالزيادة أو
بإداع جنس آخر وبخلاف ما اذا صالح على أقل من الدين وهو من جنسه حيث لا يرجع الا بقدر ما أدى
لان الصلح على الأقل ابراء فيكون ابراء عنه لا تعليق الا اذا صالحه على أن يهبه الباقي ففعل حينئذ يرجع
عليه بجمعه لأنه ملك الدين كله بعضه بالادعاء وبعضه بالهبة وأما اذا تكفل بأمر الصبي أو العبد
المحجور عليهم ما فلان الأمر بالكفالة استقرض منه من المأمور واستقرضهما لا يصح ولا يوجب الضمان
وانما لزم الكفيل المال بالتزامه لان صحة الكفالة تعتمد التزامه باختياره لا أمر الآخر بخلاف الصبي
والعبد المأذون لهما لأن أمرهما بالكفالة بالمال والنفس صحيح وان لم يملك أن يتكفلا عن أحد لكونه
تبرعا ف يرجع عليهم ما الكفيل قال رحمه الله (وان كفيل بغير أمره لم يرجع) لأنه متبرع بأدائه عنه وفيه
خلاف مالك رحمه الله قال رحمه الله (ولا يطالب الاصيل بالمال قبل أن يؤدي عنه) لأنه التزام المطالبة

الاصيل حتى انه اذا كان عليه دراهم صحاح جواد فأدى زيوفاً ويجوز به صاحب الدين فانه يرجع بالحياد وكذا لو أدى عنها من المكفيل
والموزون أو العروض فانه يرجع بالدرهم بخلاف الوكيل بقضاء الدين فانه يرجع بما أدى لا بما على الغريم وبخلاف الصلح اذا صالح من
الالف على خمسمائة فانه يرجع بخمسمائة لا بالالف لأنه اسقاط البعض اه اتقاني (قوله أو وهبه) يعني اذا وهب المكفول له للكفيل
المال المكفول به يرجع الكفيل على المكفول عنه بالمكفول به وكتب مانصه قال في شرح الطحاوي ولو وهب الدين له أو تصدق
عليه يحتاج الى القبول فاذا قبل كان له أن يرجع على الاصيل كما اذا أدى اه اتقاني قوله ولو وهب أي الطالب اه قوله أي الكفيل
اه (قوله ففعل) كما لو صالحه عن ألف على مائة على أن يهبه الباقي فان الكفيل يرجع حينئذ بألف اه (قوله في المتن ولا يطالب الاصيل
بالمال قبل أن يؤدي عنه) أي لان الكفيل كلمة قرض ومعنى والمقرض لا يرجع على المستقرض ما لم يقرض فكذلك الكفيل لا يرجع على
المكفول عنه ما لم يؤدي اه اتقاني رحمه الله

(قوله في المتن فان لو لم يلزمه) اعلم ان الكفيل بالامر اذا طوّل طالب الاصيل واذا حبس حبسه واذا أدى رجع عليه اذ لم يكن على الكفيل دين مثله للمكفول عنه. واما اذا كان عليه دين مثله للمكفول عنه فليس للكفيل ملازمة الاصيل ولا له ان يحبس اذ احبس ولا له ان يرجع عليه اذا أدى ولكنه يسقط عنه دين المكفول عنه كذا في شرح الطحاوي هذا كله اذا كانت الكفالة بأمر من عليه اما اذا كانت الكفالة بغير أمر فليس للكفيل الرجوع والمطالبة والحبس للاصيل لان الكفيل متبرع اه اتقاني (قوله في المتن ويرى بأداء الاصيل) قال الاتقاني وجلة القول هنا ما قال في شرح الطحاوي واذا رأى المكفول له المطلوب عن الدين وقبل ذلك برئ الاصيل والكفيل جميعا لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل الا أنه اذا رأى الاصيل يشترط في ذلك قبوله أو يموت قبل القبول والرد وقام ذلك مقام القبول ولورده ارتدودين الطالب على حاله واختلف مشايخنا في ذلك ان الدين هل يعود الى الكفيل أم لا قال بعضهم يعود وقال بعضهم لا يعود ولو رأى الكفيل صح البراءة قبل أوله وقبل رجع على الاصيل ولو وهب الدين له أو تصدق عليه يحتاج الى القبول فاذا قبل كان له (١٥٦) ان يرجع على الاصيل كما اذا أدى وفي الكفيل حكم ابرائه والهبة يختلف في البراءة

واغما يتلك الدين بالاداء فلا يرجع قبل التملك بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لان الوكيل من الموكل ينزل منزلة البائع من المشتري فيما يرجع الى الحقوق لما أنه قد بينهما مبادلة حكيم حتى لو اختلفا في مقدار الثمن نحاذا وكان للوكيل ولاية حبس المبيع عن الموكل الى أن يوفي الثمن كما كان ذلك للبائع اذ هو استفاد المالك من جهته فكذلك له أن يطالبه بالثمن قبل أن يؤدي كما كان للمشتري أن يطالب المشتري منه اذا باع المبيع قبل أن يوفي الثمن الى البائع قال رحمه الله (فان لو لم يلزمه) أي ان لو لم يلزم الكفيل من جهة الطالب لازم هو الاصيل حتى يخلصه وكذا اذا حبس له أن يحبس لانه هو الذي أدخله في هذه العهدة وعلقه ما لحقه من جهته فيه عامله عمله حتى يخلصه من ذلك اذ تخليصه واجب عليه قال رحمه الله (ويرى بأداء الاصيل) أي يرى الكفيل بأداء الاصيل لان الاصيل يبرأ بالاداء وبراءته توجب براءة الكفيل لانه ليس عليه دين في الصحيح واغما عليه المطالبة فقط ويستحيل أن تبقى المطالبة بدون الدين قال رحمه الله (ولو رأى الاصيل أو أخر عنه برئ الكفيل وتأخر عنه) أي لو رأى الطالب الاصيل أو أجل دينه برئ الكفيل وتأجل الدين في حقه أيضا لما ذكرنا انه ليس عليه الا المطالبة وهي تباع للدين فتسقط بسقوطه وتأخر بتأخره بخلاف ما اذا انكفل بشرط براءة الاصيل ابتداء حيث يبرأ الاصيل وحده دون الكفيل لان الكفالة فيه صارت عبارة عن الحوالة بحجازا واللفظ اذا أريد به المجاز سقطت الحقيقة فصارت الكفيل محال عليه وبراءة المحيل لا توجب براءته على أنه لا يبرأ المحيل عن الدين فيها في رواية والاحكام تشهد به ألا ترى أنه لو توفى يرجع عليه واذا مات المحيل كان المحال اسوة الغرماء في المال المختار به كأنه مات وعليه دين له ولغيره بحقيقة أن الدين فيه ليس يسقط بالاتفاق واغما يتحول من ذمة الى ذمة لما للدين أو المطالبة على اختلاف الروايتين وذلك لا يوجب سقوطه ولا سقوط تبعه فلا يرد علينا أصلا قال رحمه الله (ولا ينعكس) أي براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل ولا تأخيره عنه يوجب التأخير عن الاصيل لان الكفيل ليس عليه دين على ما بينا واسقاط المطالبة أو تأخيره لا يوجب سقوط الدين ولا تأخيره ألا ترى

لا يحتاج الى القبول وفي الهبة والصدقة يحتاج الى القبول وفي الاصيل يتفق حكم ابرائه في الهبة والصدقة فيحتاج الى القبول في الكل ولو كان البراء والهبة والصدقة بعد موته فقيل ورثته صح ولورثته ارتد وبطل البراء عند أبي يوسف لان البراء بعد الموت لبراء للورثة وقال محمد يرتد بردهم كما لو أبرأهم في حال حياته ثم مات الى هنا لفظ الامام الاسيحياني في شرح الطحاوي اه (قوله ويرى براءة توجب براءة الكفيل) أي لان الكفالة لا تكون الا فيما يكون مضمونا على الاصيل وقد سقط الضمان على الاصيل بالاداء أو البراء

فيسقط عن الكفيل أيضا لان وجوب الضمان على الكفيل فرع وجوب الضمان على الاصيل ولم يبق ذلك فلا يبقى هذا اه اتقاني (قوله في المتن ولا يتعكس) قال الاتقاني رحمه الله قال في شرح الطحاوي واذا أخر الطالب الدين عن الكفيل الى مدة فقبل الكفيل هذا التأخير معه صح التأخير عن الكفيل خاصة ولا يكون ذلك تأخيرا عن الاصيل ولوردا الكفيل التأخير ارتد بخلاف البراء الكفيل انه لا يرتد برده ولو أخر الدين عن الاصيل تأخر عنهم جميعا لان ضمان الكفيل تباع لضمان الاصيل وضمان الاصيل ليس بتباع لضمان الكفيل ولو كان له على رجل دين مؤجل فأخذ منه كفيلا ثبت على الكفيل مؤجلا ولو كان الدين على الاصيل حالا وكفل عنه رجل للطالب مؤجلا صححت الكفالة وتأخر الدين عنهم لان الاجل ألحق بالدين والدين على الاصيل الآن يشترط الطالب وقت الكفالة الاجل لاجل الكفيل خاصة فلا تأخر الدين حينئذ عن الاصيل ولو أن الكفيل أحال المكفول له على رجل فقبل المكفول له والمحال عليه الحوالة فقد برئ الكفيل والمكفول عنه لان الكفالة حصلت بأصل الدين وأصل الدين كان على المكفول عنه فلذلك تضمنت هذه الحوالة براءة جميعا ولو اشترط الطالب وقت الحوالة إبراء الكفيل خاصة برئ الكفيل ولا يسبيل له على الكفيل (١) لما كان على المحال عليه اه (١) قول المحشي ولا يسبيل له على الكفيل الخ هكذا في الاصل ولعل في الكلام سقطا فقرر اه مصححه

جائز وهو وحال على الاصيل
ومثله في خزنة الاكل
وشرح التكملة ولا يلتفت
الى ما قاله العلامة الحصري
في التحرير من تأجيله على
الاصيل فانه مخالف لعامة
الكتب كذا قال الشيخ
قاسم في حاشية الجمع لابن
فرشاذ كره قيل فصل الربا
اه (قوله ثم هذه المسئلة
على أربعة أوجه إما أن
يذكر الخ) أى كان يقول
الكفيل مثلاً للطالب
صالحك عن الالف التى
على على خمسمائة على أنى
والمتكفل عنه برهان من
الخمسمائة الباقية برئاجية
والطالب فى الخمسمائة التى
وقع عليها الصلح بالخيار ان
شاء أخذها من الكفيل
الكفيل يرجع على الاصل
ان كان بأمره وان شاء
أخذها من الاصيل اه
(قوله فى المتن رجوع على

المطالب) أى والطالب بالخيار ان شاء أخذ جميع دينه من الاصيل وان شاء أخذ من الكفيل خمسة مائة ويرجع الكفيل على الاصيل
بما أدى ان كان الصلح بأمره اه اتقانى (قوله الكفيل يرجع على المكفول عنه) أى بجميع الدين لان لفظ الى لانتهاء الغاية والمنتهى
وهو رب الدين هو المنتهى فى هذا التركيب فلا بد أن يكون ثم مبدء أو ليس الا الكفيل المخاطب فأفاد التركيب براءة من المال مبدءوها
من الكفيل ومنتهىها صاحب الدين وهذا معنى الاقرار من رب الدين بالقبض من الكفيل كأنه قال دفعته الى فلا يرجع على واحد
منهما ويرجع الكفيل على الاصيل ان كان كفلاً بأمره والحوالة كالكتابة فى هذا اه كمال (قوله فى المتن وفى برئت أو أبرأتك لا) ذكر
المصنف رحمه الله ثلاث مسائل اثنتان لاخلاف فيهما وقوله برئت الى وأبرأتك اه (قوله أبرأتك ابداء اسقاط اقرار منه بالقبض)
حتى كان الطالب أن يأخذ الاصيل به اه كمال وكتب مانصه لان براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل اه غاية وكتب مانصه قال
الاتقانى لان البراءة فى هذه الصورة تبدأ وهما من الطالب والبراءة التى ابتدأ وهما من الطالب لا تكون الا بالاسقاط اه

(قوله في المتن وبطل تعليق البراءة من الكفالة الخ) اعلم أن تعليق الكفالة بشرط ملاءم يصح عندنا وقد مر بيانه أما تعليق البراءة من الكفالة لا يجوز مثل أن يقول إذا جاء عند فأت برء من الكفالة وذلك لأن في الأبراء معنى التملك والتمليك لا يجوز تعليقها بالشروط لأفضائها إلى معنى التبرأ قاله الاتفاقى وقال الكمال قوله ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشروط أى بالشروط المتعارف مثل أن يجأت إلى البعض أو دفعت البعض فقد أبرأتك من الكفالة (قوله وقيل يصح) أى قيل تعليق البراءة من الكفالة صحيح اهـ (قوله في المتن والكفالة تجدد وقود ومبيع) يعنى إذا تكفل عن البائع بالمبيع لم يصح لأنه عين لا يمكن إذاؤه من التكفل إذا هلك والمراد الكفالة بعين المبيع أنه إذا كفل بتسليم المبيع جاز (١٥٨) اهـ (قوله فلان الكفالة إنما تصح بمضمون تجرى النيابة في إيفائه) أى وكل

إذا أبرأه البائع عن الثمن حيث يرجع به على الموكل لما حكمه ما في ذمته وهذا كله فيما إذا كان الطالب غائبا وإن كان حاضرا يرجع إليه في بيانه في الكل أنه أوفاه أو أبرأه ليزول الاحتمال ويثبت حكمه قال رحمه الله (وبطل تعليق البراءة من الكفالة بالشروط) لأن في الأبراء معنى التملك كالأبراء عن الدين وهذا على قول من يقول بثبوت الدين على التكفل ظاهر وكذا على قول من يقول بثبوت المطالبة لا غير لأن فيها تملك المطالبة وهى كالدين لأنها وسيلة إليه والتمليك لا يقبل التعليق بالشروط وقيل يصح لأن الثابت فيها على التكفل المطالبة دون الدين في الصحيح فكان اسقاطا محضا كالطلاق والعاق والهدايا لا يرتد أبرأه التكفل بالرد لأن الاسقاط يتم بالاسقاط بخلاف التأخير عن التكفل حيث يرتد بالرد لأنه ليس باسقاط بل هو خاص حق المطالب فيرتد بالرد وبخلاف الأبراء عن الدين لأن فيه معنى التملك قال رحمه الله (والكفالة تجدد وقود ومبيع ومهر ونكاح) يعنى الكفالة بهذه الأشياء باطلة أما الكفالة باستثناء الحد أو القصاص فلان الكفالة إنما تصح بمضمون تجرى النيابة في إيفائه ولا تجرى النيابة في العقوبات لأن المقصود من شرعها زجر المفسدين عن الفساد فلا يمكن إقامتها على غير الجاني لعدم الفائدة وأما الكفالة بالمبيع والمهر ونكاح والأمانات كلها فلان الكفالة من شرط صحتها أن يكون المكفول به مضمونا على الأصل بحيث لا يمكنه أن يخرج عنه إلا بدفعه أو بدفع بدله لأن الكفالة التزام المطالبة بما على الأصل فلا بد أن يكون واجبا على الأصل ومضمونا عليه حتى يتحقق معنى الضم والمبيع قبل القبض ليس بمضمون بنفسه وإنما هو مضمون بالثمن الأخرى أنه لو هلك لا يجب عليه شئ بل ينفسخ البيع وكذا الرهن غير مضمون عليه بنفسه وإنما يسقط دينه إذا هلك فلا يمكن إيجاب الضمان على التكفل وهو ليس بواجب على الأصل وكذا الأمانة ليست بمضمونة على الأصل لا عينها ولا تسليمها وهى كالودائع والمضاربات والشركات فلا يمكن جعلها مضمونة على التكفل فلا تصح الكفالة بها قال رحمه الله (وصح لو ثنا ومغصوبا ومقبوضا على سوم الشراء ومبيعا فاسدا) يعنى أن كان ثمن المبيع يصح الخ لأن الثمن دين صحيح مضمون على المشتري والمغصوب والمقبوض على سوم الشراء والمبيع في البيع الفاسد مضمون عليه حتى إذا هلك عند من يجب الضمان عليه إذا أقبية تقوم مقامه فأمكن إيجابه على التكفل بخلاف الأعيان المضمونة بغيرها كالبيع والرهن وبخلاف الأمانات على ما تقدم ويجوز في الكل أن يتكفل بتسليم العين سواء كانت مضمونة أو أمانة لأن تسليم العين واجب على الأصل فأمكن التزامه فصار نظير التكفل بالنفس لأنه ما دام قائما يجب عليه تسليمه وإن هلك يبرأ كالكفالة بالنفس وقيل إن كان تسليمه واجبا على الأصل كالعارية والإجارة جازت الكفالة بتسليمه وإن كان غير واجب كالودعة والإجارة لا تجوز الكفالة بتسليمه لأن التسليم غير واجب عليه فلا يمكن إيجابه على التكفل قال رحمه الله (وجل دابة معينة مستأجرة

حق لا يمكن استيفاءه من التكفل لا تجوز الكفالة به كالمغصود والقصاص هذا لفظ القدورى في مختصره قال صاحب الهداية معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه يعنى أن الكفالة بنفس الحد لا تجوز أما الكفالة بنفس من عليه الحد فتجوز لأن الكفالة بتسليم النفس إلى باب القاضى واجب بخلاف الكفالة بنفس الحد قائم لا تجوز لأن العقوبات لا تجرى فيها النيابة لعدم حصول المقصود لأن المقصود الزجر وهو لا يتحقق بالنائب اهـ اتفاقى (قوله في المتن ورجع لو ثنا) قال القدورى وإذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز قال الاقطع وذلك لأنه دين صحيح يمكن استيفاءه من التكفل فصحت الكفالة به كالتراض اهـ (قوله أو مبيعا) كذا يحفظ الشارح والذي في نسخ المتن بالواو (قوله ويجوز في الكل أن يتكفل بتسليم) العين نحو أن

كفل عن البائع تسليم المبيع إلى المشتري أو كفل عن المهر من تسليم الرهن إلى الراهن أو كفل عن الأجر بتسليم المستأجر وخدمة إلى المستأجر اهـ (قوله في المتن وجل دابة الخ) قال القدورى رحمه الله في مختصره ومن استأجر دابة للعمل فإن كانت بعينه لم تصح الكفالة بالحل وإن كانت بغير عينها جازت الكفالة قال الشيخ أبو نصر الاقطع رحمه الله وذلك لأن الدابة إن كانت معينة فالواجب على المؤجر تسليم الدابة دون الحل فإذا تكفل بالحل فقد تكفل بما لا يجب على المكفول عنه فلا يصح وليس كذلك إذا كانت الدابة غير معينة لأن الذى يلزم المؤجر الحل وهو عما يمكن استيفاءه من التكفل فصحت الكفالة به اهـ قال الاتفاقى رحمه الله وقال في المبسوط ولو تكرار دابة أو عبدا وجعل الأجر ولم يقبض العبد ولا الدابة وكفل له كفيل بذلك حتى يدفعه إليه فإن التكفل يؤخذ به مادام حيا لأن التسليم مستحق على

انفسخت وخرج الاصيل من أن يكون مطالباً بتسليم العين وانما عليه رد الاجر والكفيل ما كفل بالاجر اه وكتب على قوله وجل دابة مانصه بالجر عطف على قوله بحد وقصاص أي بطل الكفالة بحمل دابة اه عيني (قوله في المستن وخدمة عبد) بالجر أيضاً عطف على قوله وجل دابة أي وبطل الكفالة أيضاً بخدمه عبد اه

﴿فرع﴾ قال قاضيان رجل قال لجماعة شهدوا أني قد ضمنت لهذا الرجل بالالف التي له على فلان ثم ان المديون أقام بينة انه كان قد قضاه قبل أن يضمنه الكفيل قبلت بينته ويرأ المطلوب عن دين الطالب ولا يبرأ الكفيل عن دين عن دين الطالب لان قول الكفيل ذلك كان اقراراً بالدين عند الكفالة فلا يبرأ الكفيل ولو أقام المديون بينة على القضاء بعد الكفالة برئ الكفيل والمديون جميعاً (قوله ولو تكفل بتسليم الدابة الخ) قال قاضيان رحمه الله رجل كفل على رجل بمال والطالب غائب والمكفول عنه حاضر فأجاز الغائب بعد ذلك لا تصح الكفالة في قول أبي حنيفة ومحمد وتصح في قول أبي يوسف ولو كان المكفول

وخدمة عبد استأجر للخدمة) يعني لا تجوز الكفالة بالجل فيما اذا استأجر دابة معينة للحمل عليها ولا بالخدمة فيما اذا استأجر عبد للخدمة لان من شرطها ان يكون قادراً على التسليم وهنا لا بد من لانه استحق عليه الجل على دابة معينة والكفيل لو أعطى دابة من عنده لا يستحق الاجرة لانه أتى بغير المعقود عليه ألا ترى ان المؤجر لو جعله على دابة أخرى لا يستحق الاجرة فصارعاً جازاً ضرورة وكذا العبد للخدمة بخلاف ما اذا كانت الدابة غير معينة لان المستحق على المؤجر الحمل والكفيل بقدره على ذلك بأن يحمله على دابة نفسه ولو تكفل بتسليم الدابة فيما اذا كانت معينة جاز لما ذكرنا في المبيع قال رحمه الله (وبلا قبول الطالب في مجلس العقد) يعني لا تصح الكفالة بلا قبول المكفول له في مجلس العقد وقال أبو يوسف رحمه الله تصح والخلاف في الكفالة بالنفس والمال سواء وقيل عنده يشترط القبول لكنه لا يشترط في المجلس بل اذا بلغه بعد القيام من المجلس فأجاز جاز ذكر قوله في المبسوط في موضعين فشرط الاجازة في أحدهما دون الآخر وجه قوله الاول أن الكفالة التزام مطالبته من غير أن يجب بمقابله على غيره شيء فيصح كالاقرار وهذا لانه تصرف التزام في ذمته وله عليه ولاية ولا ضرر على الطالب فيه فيتم به وحده كالنذر وجه قوله الثاني انه تصرف للغير فيستوقف على رضاه كسائر العقود وعبرة الواحد عنده تقوم مقام عبارتين وان كان فضولياً كما في نكاح الفضولي فانه ينعقد عند الاذن بعبرة واحدة فكذا عند عدم الاذن وانما تأثير الاذن عنده في اللزوم دون الانعقاد ألا ترى ان البيع لما كان ينعقد عند الاذن بعبارتين كان كذلك في الفضولي وله ما نه عقدت عليه فشرطه لا يتوقف على ما وراء المجلس كسائر العقود ولانه تبرع على الطالب بالالتزام وإنشاء سبب التبرع لا يتم بالم تبرع مالم يقبله المتبرع عليه كالهبة والصدقة ولا يمكن جعل عبارة فائدة مقام عبارتين حتى يكون كقبول الآخر لعدم ولايته عليه فتعين الالغاء ولانه قد يكون ضرراً عليه بأن يرافعه الاصيل الى من يرى براءته من القضية بالكفالة لان العلماء مختلفون فيها فيعود ضرره عليه فلا تصح بدون قبوله بخلاف الاقرار بالمال لانه ليس بعقد وانما هو اخبار عن شيء واقع فيقبل منه قوله في حق نفسه اذ لم يتضمن اضراراً باحد قال رحمه الله (الا ان تكفل وارث المريض عنه) يعني لا تجوز الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس عندهما الا في مسألة واحدة وهي أن يقول المريض لورثته أو لبعضهم تكفلوا عني بمالي من الدين لغرمائي فتكفلوا عنه مع غيبة الغرماء فانه جائز استحسننا وان كان القياس بأباه على قولهما اذ لا يتم الا بقبوله فصار كالتوكل في حالة الصحة وجه الاستحسان أن هذه وصية منه لورثته بان يقضوا دينه ولهذا يصح وان لم يسم المريض الدين وغرماء لان الجهة لا تمنع صحة الوصية ولهذا قالوا لا تصح اذ لم يخلف مالا ولان المريض في هذا الخطاب قائم مقام الطالب لحاجته اليه تفرغ لزمته بقضاء الدين من تركته وهذا لانه لما تعلق فيه حق الغرماء والورثة بماله صار كالاجنبي عن ماله حتى لا تنفذ تصرفاته فيه وتوجهت المطالبة على الورثة بقضاء دينه من التركة فقام المطلوب في هذا الخطاب مقام الطالب أو نائبه كأن الطالب قال اضمن عن فلان أو كانه حضر وقيل وانما يصح بمجرد الطلب ولا يحتاج فيه الى القبول لان قوله تكفلوا عني لا يراد به المساومة في هذه الحالة وانما يراد به تحقيق الكفالة فصار كالامر بالنكاح وفيما اذا قال المريض ذلك لاجنبي فضمن الاجنبي بالتماسه فقيل لا يجوز لان الاجنبي غير مطالب بدنيه لان التزام فكان المريض في حقه والصحيح سواء وقيل يصح لان المريض قصد به النظر لنفسه والاجنبي اذا قضى دينه بأمره يرجع به في تركته فيصح هذا من المريض على أن يجعل قائماً مقام الطالب لتضيق الحال عليه لكونه على شرف الهلاك ومثل ذلك لا يوجد من الصحيح فيؤخذ فيه بالقياس قال رحمه الله (وعن ميت مفلس) يعني لا تجوز الكفالة عن ميت لم يترك مالا وعليه دين وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يجوز لما روي أنه عليه الصلاة والسلام أتى بجنازة رجل من الانصار فسأل هل عليه دين قالوا نعم درهمان أو ديناراً فامتنع من الصلاة فقال

عنه غائباً والطالب حاضر فأجاز الطالب جاز بالاتفاق اه

(قوله في الثمن والثمن للموكل إلى آخره) وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يعطى الرجل ثوبا لبيعه بعشرة نفعل ثم ضمن البائع (١٦٠) الثمن لا أمر قال الضمان باطل وكذلك المضاربة إذا باعها الرجل وضمنها فلا

ضمان عليه إلى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير اه اتقاني (قوله ولو وكل الموكل أو رب المال إلى آخره) كذا بخط الشارح وهو صحيح يعني عن قوله بعد وكذا المضارب إلى آخره (قوله ولائهما) أي الوكيل والمضارب وكتب على قوله ولائهما مانصه لتعليل ثان لعدم صحة الكفالة اه (قوله واشترط الضمان علم ما تغير حكمكم الشرع) أي كالمودع إذا ضمن الوديعة للمودع وكالمستعير إذا ضمن العارية للعير بالشروط فانه باطل اه اتقاني (قوله إذا باع رجلان عبدا مشتركا بينهما من رجل) صورة المسئلة في الجامع الصغير محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة في رجلين باع من رجل عبدا صفقة واحدة فضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن قال الضمان باطل وذلك لأن الثمن مشترك بينهما فلو صح الضمان فلا يجوز أن يأخذ أحدهما نصيبا من الثمن مطلقا أو في حصة الشريك فلا وجه إلى الأول لأنه يلزم أن يكون ضامنا لنفسه وهو باطل لأنه ما من جزء من الثمن إلا وهو مشترك بينهما ألا ترى أنه لو قبض شيئا من الثمن كان صاحبه شريكا ولا وجه إلى الثاني لأنه يؤدي إلى قسمة الدين قبل القبض

صلوا على أخيكم فقام أبو قتادة رضي الله عنه فقال هما على يارسول الله وفي رواية قال ذلك على رضي الله عنه فصلى عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان الدين واجب عليه في حياته وهو لا يسقط إلا بالبقاء أو الإبراء أو انقضاء سبب الوجوب ولم يوجد شيء من ذلك فلم يسقط ولهذا يسقط في حق حكم الآخرة ولو تبرع به إنسان صح ولو لم يكن عليه دين لما جاز للطالب أخذه من المتبرع وكذا يبقى إذا كان به كفيل أو تركه مالا وله أنه كفيل بدين ساقط لأن الدين هو الفعل حقيقة يقال وجب عليه الدين أي أدائه كما يقال وجب عليه الصلاة وزيادته الإداة لا يتصور من الميت فسقط سواء كان له مال أو لم يكن له مال في حق أحكام الدنيا وصحة الكفالة تقتضي قيام الدين في حق أحكام الدنيا ليصح تحقيق معنى الكفالة وهو ضم الذمة إلى الذمة في حق وجوب المطالبة والمطالبة ساقطة عن الأصل فلا يمكن إيجابها على الكفيل تبعاً لايضم الموجود إلى المعدوم إلا أنه في الحكم مال لأنه يؤل إليه إذا وجب لأجله وقد عجز عن الإداة بنفسه وبمخلفه من المال والكفيل ففات المقصود وهو الاستيفاء فلا يبقى والتبرع لا يعتمد قيام الدين لأنه تبرئة في حق الآخرة ولان الدين باق في حق الطالب لأنه أمر بينهما وأما الكفالة فأمر بين الكفيل والأصيل لأنه التزم ما على الأصيل وما روي أنه كان أقراراً منه بأنه كان كفيلاً عنه قبل الموت ويحتمل أن يكون وعداً منه لا كفالة فخالصه أنه حكاية حال فلا يمكن الاحتجاج به ولا يقال لو سقط الدين لبرئ الكفيل لأن براءته توجب براءة الكفيل فمالم يترأع أن عليه ديناً فيجوز ابتداء الكفالة به أيضاً لأننا نقول الكفيل خلف عنه فلا يبرأ أو نقول الدين في حق الطالب لا يسقط لأن سقوطه ضروري فلا يتعدى المطلوب قال رحمه الله (وبالثلث للموكل ولرب المال) أي لا يجوز الكفالة بالثلث للموكل ولا لرب المال معناه إذا وكل رجل رجلاً لبيع شيء فباعه الوكيل ثم ضمن الثمن للموكل عن المشتري أو ضمن مضارب لرب المال ثمن متاع باعه من المشتري لم يجوز لأن حق القبض إلى الوكيل والمضارب بجهة الإصالة في البيع ولهذا لا يبطل بموت الموكل أو بموت رب المال وبعزله ولو وكل الموكل أو رب المال بقبض الثمن ثم عزله صح عزله لأن الثمن وجب للوكيل أو للمضارب على المشتري إذ حقوق العقد راجعة إلى العاقد وكذا المضارب ولو وكل رب المال بقبض الثمن له عزله لأنه العاقد فترجع الحقوق إليه والعاقد لغیره في حق الحقوق كالعاقد لنفسه ولهذا اختصت المطالبة به ولو حلف المشتري بالموكل عليه شيء كان باراً في يمينه ولو حلف مال الوكيل عليه شيء حدث فإذا ثبت أن الوكيل أصيل في القبض فإذا ضمن صار ضامناً لنفسه فلا يجوز بخلاف الرسول والوكيل يبيع الغنائم من جهة الامام والوكيل بالتزويج حيث يصح ضمانهم بالثمن والمهر لان كل واحد منهم سفير ومعبّر حتى لو نهاهم الأمر عن قبض البسمل صح نهيهم ولائهما أمينان في الثمن شرعاً واشترط الضمان عليهما تغيير حكم الشرع فلا يجوز فصار نظير من سلم في آخر الصلاة يريد به قطع الصلاة وعليه موجود السهو فانه يرد عليه قصده حتى جازله أن يسجد السهو ما لم يفعل ما ينافي الصلاة قال رحمه الله (والشريك إذا بيع عبدا صفقة) أي إذا باع رجلان عبدا مشتركا بينهما من رجل صفقة واحدة فضمن أحدهما للشريك نصيبه من الثمن لا يجوز لأنه يصير ضامناً لنفسه لأنه ما من جزء يوديه المشتري أو الكفيل من الثمن إلا ويشريه فيه نصيباً ولأنه يؤدي إلى قسمة الدين قبل القبض وانه لا يجوز إذا القسمة عبارة عن الإقرار والخمارة وهو أن يصير حق كل واحد منهما مقرراً في حيز على حدة وذلك لا يتصور في غير العين لأن الفعل الحسي يستدعي محلاً حسيًا والدين حكماً فلا يرد عليه ألف فعل الحسي فإذا لم تصح قسمة يكون كل شيء يؤديه إلى شريكه مشتركا بينهما فراجع المؤدى بنصف ما أدى لكونه مشتركا بينهما ثم يرجع أيضاً بنصف الباقي إلى أن لا يبقى في يده شيء فيؤدي بنحوه ما ابتدأه إلى إبطاله انتهاء بخلاف

وذلك باطل لأن الدين في ذمة من عليه لا يقبل القسمة فلا يتم تزيين صاحبها لأن القسمة أقراراً بالنصباء والافراز ماذا لا يتحقق إلا في العين دون الدين في الذمة فإذا لم يتم تزيين صاحبها يقع الضمان عن نفس الضامن لنفسه وهو باطل اه اتقاني رحمه الله

(قوله فبطل الضمان للجهالة) أي فاما الدرك فقد صار مستعملا في ضمان الاستحقاق خاصة فوجب العمل به كذا قال نهر الاسلام وقال أبو بكر الرازي في شرح الطحاوي العهدة هي كتاب الشراء وهو المشتري فهو بمنزلة من ضمن لرجل ملكه وهذا باطل لان صحة الضمان إنما تتعلق بما كان مضمونا على الغير فيضمنه الكفيل عنه وكتاب الشراء ليس عضون على أحد فيضمنه الكفيل وأما أبو يوسف ومحمد فقالا إن جلتا الضمان على هذا المعنى بطل وصار لغوا فحملنا على ضمان الدرك فيما عقد عليه الشراء ليصح معنى الضمان ولا يصير لغوا إلى هنا لفظ أبي بكر الرازي في شرحه وقال في أول كتاب الكفالة من الاجناس وفي البيوع املاء أبي يوسف ورواية ابن سماعة قال أبو يوسف ضمان العهدة كضمان الدرك وهو جائز ويضمن الثمن اه إقتضى (١٦١) (قوله في المتن والخلاص)

اعلم أن ههنا ثلاثة ألقاظ ضمان الدرك وهو جائز بالاتفاق وضمن العهدة وهو باطل بالاتفاق على ظاهر الرواية وضمن الخلاص وهو باطل عند أبي حنيفة معناه لو استحق المبيع فعليه شراؤه وتسليمه إلى المشتري وجه قول أبي حنيفة أنه ليس بقادر على ما ضمن ووجه قولهما أنه بمنزلة ضمان الدرك وهو تسليم المبيع إن قدر عليه أو تسليم الثمن إن عجز عن تسليم المبيع وأنه صحيح كذا قال العتبي اه إقتضى (قوله في المتن ومال الكتابة) قال في كفاية الصغير ما نصه فاذا ضمن بدل الكتابة لم يصح فلو أدى مع ذلك الضمان يرجع انتهى وعنه في الذخيرة في الفصل السادس في تصرف أحد الشريكين اه

فصل (قوله ولو أعطى المطلوب الكفيل قبل أن يعطى الكفيل إلى آخره)

ما اذا باعه صفتين بان يسمى كل واحد منهما نصيبه ثم احيث يصح ضمان أحدهما فيسهل الآخر لان نصيب كل واحد منهما باعتمار عن نصيب الآخر فلا شركة ألا ترى أن المشتري لو قبل نصيب أحدهما ورد نصيب الآخر صح وكذا لو قبل الكل ونقد حصه أحدهما للناقد قبض نصيبه ولهذا لو استوفى أحدهما نصيبه من المشتري أو بعضه لا يشاركه الآخر في الفصل الأول بشاركه ولو تبرع بالأداء في هذه الفصول من غير ضمان جاز لان التبوع لا يتم إلا بالأداء وعند الأداء يصير مسقطا حقه في المشاركة فيصح امتناع الكفالة لا يدل على امتناع التبوع ألا ترى أن الكفالة تبدل الكتابة لا تجوز ويجوز التبوع به قال رحمه الله (وبالعهدة) أي لا تجوز الكفالة بالعهدة وصورته أن يشتري عبدا من رجل مثلا فيضمن للمشتري رجل بالعهدة وانما لا يجوز لان العهدة اسم مشترك قد يقع على الصك القديم لانه وثيقة بمنزلة كتاب العهدة وهو ملك للبائع ولا يلزمه التسليم فاذا ضمن تسليمه إلى المشتري فقد ضمن ما لا يقدر عليه فلا يصح ويطلق على العقد لانها مأخوذة من العهد والعقد والعهد واحد وعلى حقوق العقد لانها من ثمرة العقد وعلى الدرك وعلى خيار الشرط ففي الخيار عهدة الرقيق ثلاثة أيام أي خيار الشرط فيه فتم عذر العمل بها قبل البيان فبطل الضمان للجهالة بخلاف الدرك فان ضمانه صحيح لانه عبارة عن ضمان الثمن عند استحقاق المبيع وهو معلوم مقدور التسليم ولا يقال ينبغي أن يصرف إلى ما يجوز الضمان به وهو الدرك نعم بالنظر فيه لا نأخذ بقوله فراغ النعمة أصل فلا يثبت الشغل بالشك والاحتمال قال (والخلاص) أي لا تجوز الكفالة بالخلاص وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد تجوز لان تفسيره عندهما تخلص المبيع ان قدر عليه ورد الثمن ان لم يقدر عليه وهذا ضمان الدرك في المعنى وأبو حنيفة يقول تفسيره تخلص المبيع لاحالة وهو لا يقدر على ذلك لان المستحق لا يمكن منه ولو ضمن تخلص المبيع أو رد الثمن جاز لانه ضمن ما يمكن الوفاء به وهو تسليم المبيع ان أجاز المستحق المبيع أو رد الثمن ان لم يجز قال (ومال الكتابة) أي لا تجوز الكفالة بمال الكتابة لانه دين ثبت مع المتأخر وهو دين المولى على مملوكه فلا يظهر في حق الكفالة ولا نه مخير بين أن يعجز نفسه وبين أن توفي فلا يفيدها إيجابه على الكفيل على هذه الصفة لعدم الفائدة وثابته مطلقيتها في معنى الضم لان من شرطه الاتحاد ولان على الأصل اداء ملك المولى من وجهه والكفيل لا يجدها المال وهذا كالمالك اذا عتق يبرأ عن بدل الكتابة لان عليه اداء مال المولى من وجهه ولا يجز ذلك بعد العتق ولا يمكن إيجاب الزيادة عليه فيبرأ

فصل (قوله ولو أعطى المطلوب الكفيل قبل أن يعطى الكفيل الطالب لا يسترد منه) أي لو قضى المكفول عنه الدين للكفيل قبل أن يعطى الكفيل المكفول له ليس للمكفول عنه أن يسترد منه

(٣١ - زيلعي رابع) وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة رحمه الله في رجل كفل عن رجل بألف درهم بأمره فقضاء الألف قبل أن يعطيه صاحبا له أن يأخذها منه قال لا وإن ربح فيها ربحا فهو له ولا يتصدق به وإن كانت الكفالة بكر تخطة فقضاء الذي عليه الأصل فباعه الكفيل فربح فيه فان الربح له إلا أنه أحب إلى أن يدفعه إلى الذي قضاؤه ويرده عليه ولا أجبره على ذلك في القضاء وقال أبو يوسف ومحمد هو له ولا يرده على الذي قضاؤه أكثر إلى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير اعلم أن رجلا إذا كفل عن رجل بألف درهم بأمره فأدى الأصل المال إلى الكفيل قبل أن يؤديه الكفيل إلى الطالب ثم أراد الاصيل أن يسترد الألف من الكفيل ليس له ذلك إلا لأن يقضى الدين بنفسه قبل أداء الكفيل فحينئذ يسترد وذلك لان الدفع كان لغرض وهو أن يصير المدفوع حقا للقباض على تقدير أداء الدين من مال الكفيل فلما لم ينتف هذا الاحتمال بأداء الاصيل بنفسه لا تصح المطالبة اه إقتضى

(قوله بخلاف ما إذا كان الدفع على وجه الرسالة) قال الاتقاني رحمه الله قالوا في شروح الجامع الصغير هذا الفصل على وجهين فاما ان يدفع الاصيل اليه على وجه الرسالة أو على وجه الاقتضاء وكل ذلك على وجهين إما ان كان المدفوع مما لا يتعين بالتعيين كالنقود أو مما يتعين كالعروض فان دفع على وجه الرسالة بأن قال خذ هذا المال وادفع إلى الطالب لا يطيب له الرجح سواء كان المدفوع مما لا يتعين أو يتعين في قول أبي حنيفة ومحمد وطاب له عند أبي يوسف وذلك لان الخبز لعدم الملك لان تصرفه وجب في غير ملكه فاستوى فيه المالان قال (١٦٣) فاضحنا رحمه الله أصل المسئلة أن المدفوع أو الغاصب إذا تصرف في الوديعة

لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يسترجع منه مادام هذا الاحتمال باقيا كما يمكن بحمل الزكاة ودفعها إلى الساعي ولكن اشترى شيئا بشرط الخيار ونقد الثمن قبل مضي مدة الخيار ثم أراد أن يسترد قبل نقض البيع ليس له ذلك لان الدفع كان لغرض وهو أن يصير زكاة أو ثمن عند مضي الحول ومضي مدة الخيار فساد هذا الاحتمال قائما لا يسترد لأنه ملكه بالقبض لان المطلوب دفعه اليه على وجه القضاء وأخذ الكفيل على وجه الاقتضاء بان قال له وقت الدفع اني لا آمن أن يأخذ الطالب حقه منك فانما أقضيك المال قبل أن تؤديه بخلاف ما إذا كان الدفع على وجه الرسالة بان قال الاصيل لا كفيل خذ هذا المال وادفعه الى الطالب حيث لا يصير المؤدى ملكا لكفيل بل هو أمانة في يده ولكن لا يكون الاصيل أن يستردهم بدالكفيل لانه تعلق بالمؤدى حق الطالب وهو بالاسترداد يرد ابطاله فلا يمكن منه ما لم يقض دينه كالمسئلة الاولى ولانه بالكفالة وجب الكفيل على المطلوب حق كواجب على الكفيل للطالب ولهذا لو أخذ الكفيل من الاصيل رهنا به جاز وكذا لو أبرأ الكفيل الاصيل من هذا الدين أو وهبه له قبل أن يدفع الى الطالب حازقه لو أدى عنه بعد ذلك لا يرجع عليه فثبت بهذا أن الكفيل دين على الاصيل (لأنه ليس له أن يرجع عليه حتى يؤدي عنه فصار نظير الدين المؤجل فانه بالاستحجال عليك فكذا هذا ثم بالاسترداد يكون نقضا لما تم من جهته فلا يمكن منه قال (ومارح الكفيل له) أي اذار رجح الكفيل بالمال الذي قبضه من المطلوب قبل أن يعطى هو لا طالب طاب له الرجح لانه ملكه بالقبض فكان الرجح بدل ملكه ولا يتصدق به سواء قضى الدين هو أو الاصيل لانه بالكفالة وجب له على الاصيل دين الآية تؤخر مطالبته حتى يدفع فنزل منزلة الدين المؤجل في ملكه بالقبض على ما بينا الا أن فيه نوع نعت اذا قضى الاصيل الدين عند أبي حنيفة لما نذر كرفلا يعمل فيما لا يتعين على ما بينا في البيوع وان قضى الكفيل فلا خبز فيه بالاجماع هذا اذا قبضه على وجه الاقتضاء وان قبضه على وجه الرسالة لا يطيب له الرجح على قول أبي حنيفة ومحمد لعدم الملك وعلى قول أبي يوسف يطيب لعدم التعيين وأصل الخلاف في الرجح بالدرهم المغموص به قال (ويجب رده على المطلوب لو شأ بتعين) يعني يستحب رد الرجح على المكفول عنه اذا كان المقبوض شيئا يتعين كالخطة والسعر وهذا اذا قضى الاصيل الدين وهو قول أبي حنيفة وعنه أنه يتصدق به وقال لا يطيب له الرجح وهو رواية عنه لانه ملكه بالقبض على مثال ما لو اقتضى دينه المؤجل رجح فيه وله أن الخبز تمكن مع الملك فيما يتعين لان اقتضاءه قاصر لا ترى أن المكفول عنه يسبيل من قضاء دينه واسترداده العين المقبوضة فلا يتجاوز عن الشهية فاذا لم يطب له يتصدق به في رواية على الفقهاء وفي رواية يردده على الاصيل لان الكراهية لحقه ثم ان كان الاصيل فقيرا يطيب له وان كان غنيا فقيهه روايتان والاشبه أنه يطيب له هذا اذا أعطاه على وجه القضاء لدينه وان دفع اليه على وجه الرسالة لا يطيب له الرجح بالاتفاق لانه لا عليه ويتعلق العدة بعينه لانه فتنكون الحرمة فيه حقيقة كالمغموص المتعين اذار رجح فيه بخلاف ما لا يتعين

أو المغموص ورجح فعندهما لا يطيب له الرجح بخلاف أبي يوسف وإن دفع على وجه الاقتضاء بأن قال الاصيل لا كفيل اني لا آمن أن يأخذ الطالب حقه منك فانما أقضيك قبل أن تؤدي طاب له الرجح إذا كان المدفوع مما لا يتعين كالنقود لانه ملكه بالقبض لما قلنا غاية ما في الباب أن للاصيل الرجوع على الكفيل إذا أدى الاصيل بنفسه وبالرجوع لا يتبين أنه لم عليك لانه لا يتعين وإن كان المدفوع مما يتعين كغير النقود قال أبو حنيفة في رواية هذا الكتاب يستحب أن يردده على الاصيل وقال في كتاب الكفالة من الاصيل يتصدق به وقال في كتاب البيوع منه لا يطيب له وعنه دأى يوسف ومحمد يطيب له اه قوله وفي رواية هذا الكتاب يعني الجامع الصغير اه (قوله وقال لا يطيب إلى آخره) قال الاتقاني وجه قولهما أن

الكفيل بعقد هذه الكفالة استوجب على الاصيل ديناً وجلاً كما بينا ولهذا أصبح إبرا الاصيل الكفيل قبل أداء عند الكفيل حتى إذا أدى لم يكن له الرجوع وصاحب الدين المؤجل إذا استوفاه يكون استيفاءه صحفاً فكان الرجح حاصلاً على ملكه فطاب له ولا يـ حنيفة أن ملك الكفيل في المدفوع اليه قاصر وذلك لان الطالب إذا أخذ حقه من الكفيل يتقرر ملكه وإذا أخذ من الاصيل ينتقض فكان الملك قاصراً فلم يكن الملك أصلاً ثبت حقيقة الخبز فاذا كان قاصراً ثبت شبهة الخبز فلم يطب له الرجح اه (قوله وإن كان غنيا فقيهه روايتان) أي في كتاب الغصب اه غايه (قوله والاشبه إلى آخره) قال الاتقاني قال نضر الاسلام البرزوي في شرح الجامع الصغير والاشبه أن يطيب له لانه إنما يرد عليه على أنه حقه اه

(قوله واتبعتم أذناب البقر) المراد باتباع أذناب البقر الزراعة اه غايه لانهم حينئذ يتركون الجهاد وتأف النفس الجبن قاله الكل اه (قوله ذلالتهم) من باب ضرب اه مصباح (قوله في المتن ومن كفل عن رجل إلى آخره) وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد بن يعقوب عن أبي خنيفة في رجل تكفل لرجل بما ذاب له عليه من حق أو بما قضى له عليه من حق فعاب المكفول عنه فجاء المدعى بالكفيل فأقام عليه البينة أن له على المكفول عنه ألف درهم قال لا تسمع منه بينة على الكفيل حتى يحضر المكفول به الى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير وذلك لان الكفيل التزم ما لا يقضى به في المستقبل فقام يقض به لا يجب شيء على الكفيل لان شرط وجوب المال على الكفيل القضاء على الاصيل ولم يوجد الشرط وهذا ظاهر فيما اذا كفل بما قضى له عليه أما اذا كفل بما ذاب له عليه فكذلك لان معنى ذاب وجب مستعار من ذوب الشحم كذا ذكره المطرزي واللفظ ١٦٣ وان كان ماضيا راديه المستقبل

عند أبي يوسف وقد بيناه من قبل قال رحمه الله (ولو أمر كفيله أن يتعين عليه شيء فافعل بالشراء للكفيل والريج عليه) وتفسيره ان الاصيل أمر الكفيل ببيع العينة وهو أن يقول له اشتري من الناس حريرا أو غيره من الأنواع ثم بعه فارجعه البائع منك وخسرت أنت فعلى قصوره أن يأتي هو إلى تاجر فيطلب منه القرض ويطلب التاجر الريج ويخاف من الربا فيبيعه التاجر ثوبا يساوي عشرة مثلاً بخمسة عشر نسبته لبيعه هو في السوق بعشرة فيصير إلى العشرة ويجب عليه البائع خمسة عشر إلى أجل أو بقرضه خمسة عشر درهما ثم يبيعه المقرض ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر فيأخذ الدراهم التي أقرضه على أنها ثوب فبقى عليه الخمسة عشر قرضا فإذا فعل ذلك نفذ عليه والريج الذي ربحه التاجر يلزمه ولا يلزم الأمر شيء من ذلك لانه لما مضى من الماخسر كما قاله بعضهم نظرا إلى قوله على أنها الوجوب فلا يجوز كما لو قال لرجل بائع في السوق فاخسرت فعلى وأمانو كبل بالشراء كما قاله البعض نظرا إلى الأمر به فلا يجوز أيضا لجهالة نوع الحر وغمسه وسمى هذا النوع من البيع عينة لما فيه من السلف يقال باعه بعينة أي نسبته من عين الميزان وهو موله لانها زيادة وقيل لانها بيع العين بالريج وقيل هي شراء ما باع بأقل مما باع وقيل لما فيها من الاعراض عن الدين إلى العين وهو مكر ومخافه من الاعراض عن ميرة الاقراض مطاوعة لشح النفس وهذا النوع مذموم شرعا ختمه أكلة الربا وقال عليه الصلاة والسلام إذا تبايعت بالعين واتبعتم أذناب البقر ذلالتهم وظهر عليكم عدوكم قال (ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه أو بما قضى له عليه فعاب المكفول به من المدعى على الكفيل أن له على المطلوب ألفا لم يقبل) لانه كفل ما لا يجب في المستقبل بالقضاء أو بأى سبب كان وذلك لم يوجد لان القضاء على الغائب لا يجوز فلم يوجب شيئا ولم يوجد شرطه ولهذا لو أقر الكفيل على الاصيل بألف درهم لا يجب على الكفيل لان إقراره لا يوجب على الاصيل وشرط لزوم الكفيل في هذه الكفالة الوجوب على الاصيل فكذا القضاء وهو غائب ولانه محتمل أن يكون واجبا قبل الكفالة فلا يجب عليه ويحتمل أن يكون واجبا بعده فيجب عليه فلا يدخل تحت الكفالة بالشك حتى لو ادعى الوجوب بعد الكفالة بأن قال حكم لي عليه القاضي فلان يكذب بعد الكفالة وأقام البينة قبالة بينته لانه ادعى عليه ما لا يدخل في الكفالة ولزمهما المال قال (ولو برهن أن له على زيد كذا وأن هذا كفيل عنه بامر قاضي به عليه ما ولو بلا أمر قاضي على الكفيل فقط) أي لو أحضر شخصا عند القاضي فأقام البينة أن له على فلان الغائب ألف درهم وأن هذا الشخص كفيل عنه بامر

عند أبي يوسف وقد بيناه من قبل قال رحمه الله (ولو أمر كفيله أن يتعين عليه شيء فافعل بالشراء للكفيل والريج عليه) وتفسيره ان الاصيل أمر الكفيل ببيع العينة وهو أن يقول له اشتري من الناس حريرا أو غيره من الأنواع ثم بعه فارجعه البائع منك وخسرت أنت فعلى قصوره أن يأتي هو إلى تاجر فيطلب منه القرض ويطلب التاجر الريج ويخاف من الربا فيبيعه التاجر ثوبا يساوي عشرة مثلاً بخمسة عشر نسبته لبيعه هو في السوق بعشرة فيصير إلى العشرة ويجب عليه البائع خمسة عشر إلى أجل أو بقرضه خمسة عشر درهما ثم يبيعه المقرض ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر فيأخذ الدراهم التي أقرضه على أنها ثوب فبقى عليه الخمسة عشر قرضا فإذا فعل ذلك نفذ عليه والريج الذي ربحه التاجر يلزمه ولا يلزم الأمر شيء من ذلك لانه لما مضى من الماخسر كما قاله بعضهم نظرا إلى قوله على أنها الوجوب فلا يجوز كما لو قال لرجل بائع في السوق فاخسرت فعلى وأمانو كبل بالشراء كما قاله البعض نظرا إلى الأمر به فلا يجوز أيضا لجهالة نوع الحر وغمسه وسمى هذا النوع من البيع عينة لما فيه من السلف يقال باعه بعينة أي نسبته من عين الميزان وهو موله لانها زيادة وقيل لانها بيع العين بالريج وقيل هي شراء ما باع بأقل مما باع وقيل لما فيها من الاعراض عن الدين إلى العين وهو مكر ومخافه من الاعراض عن ميرة الاقراض مطاوعة لشح النفس وهذا النوع مذموم شرعا ختمه أكلة الربا وقال عليه الصلاة والسلام إذا تبايعت بالعين واتبعتم أذناب البقر ذلالتهم وظهر عليكم عدوكم قال (ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه أو بما قضى له عليه فعاب المكفول به من المدعى على الكفيل أن له على المطلوب ألفا لم يقبل) لانه كفل ما لا يجب في المستقبل بالقضاء أو بأى سبب كان وذلك لم يوجد لان القضاء على الغائب لا يجوز فلم يوجب شيئا ولم يوجد شرطه ولهذا لو أقر الكفيل على الاصيل بألف درهم لا يجب على الكفيل لان إقراره لا يوجب على الاصيل وشرط لزوم الكفيل في هذه الكفالة الوجوب على الاصيل فكذا القضاء وهو غائب ولانه محتمل أن يكون واجبا قبل الكفالة فلا يجب عليه ويحتمل أن يكون واجبا بعده فيجب عليه فلا يدخل تحت الكفالة بالشك حتى لو ادعى الوجوب بعد الكفالة بأن قال حكم لي عليه القاضي فلان يكذب بعد الكفالة وأقام البينة قبالة بينته لانه ادعى عليه ما لا يدخل في الكفالة ولزمهما المال قال (ولو برهن أن له على زيد كذا وأن هذا كفيل عنه بامر قاضي به عليه ما ولو بلا أمر قاضي على الكفيل فقط) أي لو أحضر شخصا عند القاضي فأقام البينة أن له على فلان الغائب ألف درهم وأن هذا الشخص كفيل عنه بامر

من كونه مستقبلا على خطر الوجود فقام بوجد الذوب بعد الكفالة لا يكون كفيلا والدعوى مطلق عن ذلك والبينة لم تشهد بقضاء مال وجب بعد الكفالة فلم يقيم على من انصف بكونه كفيلا عن الغائب بل على أجنبي اذ لا ينتصب خصما وهذا في لفظ القضاء ظاهر وكذا في الأخرى وهو لفظ ذاب لان معنى ذاب تقرر ووجب وهو القضاء بعد الكفالة اه كمال رحمه الله (قوله وأقام البينة إلى آخره) صار كفيلا وصحت الدعوى وقضى على الكفيل بالمال لصيرورته خصما عن الغائب سواء كانت الكفالة بأمره أو بغير أمره لانه اذا كان بغير أمره يكون القضاء على الكفيل خاصة اه فتح (قوله في المتن ولو برهن الخ) قال الاتقاني وصورة المسئلة في الجامع الصغير وقال يعقوب ومحمد اذا كفل عن رجل بمال لرجل بامر المكفول عنه فعاب المكفول عنه فجاء الطالب بالكفيل فأقام عليه بينة أن له على فلان كذا وكذا وأن هذا كفيل له بامر فلان عن فلان فاقضى بشهادتهم بالمال على هذا وعلى المكفول عنه الغائب فان كانت الكفالة بغير أمر الغائب قضيت بالمال على الكفيل ولم يكن الكفيل يخصم على الغائب الى هنا لفظ الجامع الصغير وقال الفقيه

أبو البت في شرح الجامع الصغير ذكر في الكتاب عن أبي يوسف ومحمد خاصة وليس في المسئلة اختلاف لأنه لم يرد عن أبي حنيفة خلاف هذا وشمس الأئمة السرخسي النخاس قولهما بالذكر لأنه لم يحفظه عن أبي حنيفة نصا وإنما قبلت البيئته هنا ولم تقبل في المسئلة المتقدمة لأن ثمة المكفول به مال مقيد وهو ما على الكفيل بعد عقد الكفالة ودعوى المدعى وقعت مطلقة لم يتعرض المالك ففسدت الدعوى فلم تقبل. وههنا المكفول به مال مطلق لأنه قال وأن هذا كفيل عنه بأمره ودعوى الحال مطلقة أيضا وصحت الدعوى فقبلت البيئته لأنها بناء على صحة الدعوى اه اتقاني (قوله وقضى على الأصيل والكفيل جميعا) وفائدة القضاء على الكفيل والمكفول عنه أنه لو حضر المكفول عنه لا يحتاج إلى إقامة البيئته عليه لأنه لما أثبت الكفالة على الحاضر بأمر الغائب وقضى القاضي بذلك ثبت أمر الغائب بالكفالة عنه وثبت إقراره بالدين وانصب الحاضر خصما عن الغائب بخلاف ما إذا أقام البيئته على أنه كفيل بغير أمر الغائب ثبت الدين على الكفيل خاصة ولا يثبت ١٦٤ على الغائب شيء لأنه لم يثبت الأمر من الغائب لم يتعد القضاء إليه

قبلت البيئته وقضى على الأصيل والكفيل جميعا ولو أقام البيئته أنه كفيل عنه بغير أمره وقضى على الكفيل فقط ولا يقضى على الغائب لأن المدعى هنا مال مطلق فأمكن إثباته بخلاف ما تقدم على ما بيناه وإنما يختلف بالأمر وعنده لا يمت ما يتغيران لأن الكفالة بأمره تبرع ابتداء معاوضة انتهاء وبغير أمره تبرع ابتداء وانتهاء فالقضاء بأحدهما لا يكون قضاء بالآخر وإذا قضى بها بالأمر ثبت وهو يتضمن الإقرار بالمال فبصرف مقضيا عليه والكفالة بغير أمر لا تمس جانبته لأن صحة العقد قيام الدين في زعم الكفيل فلا يعتد بإيمه وفي الكفالة بأمره يرجع التكفيل عما أدى على الأمر وقال زفر رجه الله لا يرجع لأنه لما أنكر الكفالة فقد ظلم في زعمه فليس له أن يظلم غيره ونحن نقول صار مكذبا شرعا فبطل زعمه فيرجع عليه كما يرجع المشتري على البائع بالثمن إذا استحق المبيع وإن كان في زعمه أن المبيع صحيح لما قلنا فان قيل كيف يقضى على الغائب إذا كانت الكفالة بأمره والقضاء على الغائب لا يجوز زعمه هنا قلنا إذا لم يتوصل إلى حقه على الحاضر إلا بالإثباته على الغائب يجوز القضاء على الغائب كما إذا ادعى عبدا أن الحاضر اشتراه من مولاه الغائب ثم أعتقه فأعتمر الحاضر الشراء والاعتاق كان الحاضر خصما عن مولاه حتى إذا أثبت العبد الشراء والعتق نفذ على الغائب حتى إذا حضر ليس له أن يدعيه قال رجه الله (وكفاله بالدرك تسليم) معناه إذا باع رجل دارا مشفلا فكفل رجل للمشتري عن البائع بالدرك وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع فكفاله تسليمه للبائع وإقرار منه أنه لا حق له فيها حتى لو ادعى أن الدار ملكه أو ادعى فيها الشفعة أو الأجرة لا تسمع دعواه لأن الكفالة إن كانت مشروطة في البيع توقف جوازه على قبول الكفيل للكفالة في المجلس فإذا قبل وانبرم بقبوله ثم ادعى المالك أو غيره صار ساعيا في نقض ما تم من جهته ومن سعى في نقض ما تم من جهته ضل سعيه في الحياة الدنيا وإن لم تكن مشروطة في البيع فالملطوب من هذه الكفالة إتمام البيع وإحكامه بأن لا يرغب فيها المشتري إلا بالكفالة خوفا من الاستحقاق فيكون إقرارا منه بأن البائع ماله ما وقت البيع فلا تصح دعواه بعد ذلك قال رجه الله (وشهادته وختمه لا) أي ككتابة شهادته وختمه لا يكون تسليمه حتى إذا ادعاه بعده قبل دعواه لأن الشهادة ليس فيها ما يدل على أنه أقر للبائع بالملك إذا البيع بوجود من غير المالك كما يوجد من المالك ولعله كتب الشهادة ليحفظ الواقعة أو لينظر في البيع حتى إذا رأى فيه مصلحة أجازه وليس فيه ما يدل على نفاذه بخلاف ضمان الدرر لأن مقصوده الانبرام على ما بينا حتى لو شهد هنا

كذا قال الامام الزاهد العتاني اه غايه (قوله ولا يقضى على الغائب لأن المدعى هنا مال إلى آخره) قال الكمال وإنما قبلت هذه البيئته ولم تقبل فيما قبلها لأن المكفول هنا مال مطلق ودعوى المدعى مطلقة فصحت الدعوى فقبلت البيئته لأنها بناء على صحة الدعوى بخلاف ما قبلها لأن المكفول به هناك مال مقيد يكون وجوبه بعد الكفالة وإن كان مقيدا بخصوص كمية ولم تطبقها دعوى المدعى ولا البيئته اه (قوله لأنه لما أنكر الكفالة الخ) صار ذلك منه إقرارا بأن الأصيل لم يأمره وإقرار المرء على نفسه صحيح لأنه مؤخذ بزعمه فلا رجوع إذن اه اتقاني رجه الله (قوله فقد ظلم في زعمه) قال في الجهرة

والزعم والزعم لغتان فصيحتان وأكثر ما يقع الزعم على الباطل وكذلك هو في التنزيل زعم الذين كفروا أن لن يبعثوا وكذلك ما جاء من الزعم في القرآن اه غايه (قوله ونحن نقول) أي لما قضى القاضي بالكفالة بأمره بالبيئته اه (قوله فبطل زعمه فيرجع عليه) قال الاتقاني كن اشترى شيئا من انسان وأقران البائع باع ملك نفسه ثم استحق المبيع بالبيئته كان للمشتري الرجوع بالثمن على البائع لأنه بطل زعمه اه (قوله لأن الكفالة إن كانت مشروطة في البيع) بأن باع بشرط الكفالة اه غايه (قوله فالملطوب من هذه الكفالة) ترغيب المشتري في البيع لأنه ربما لا يرغب في الشراء إذا لم يضمن بالدرر أحد فيكون المراء منه ترغيبا وتأكيده العقد فكانه قال اشتر هذا فان العقد جائز والمبيع ملك البائع فان لحقت درر فيه فأنصا من لك فاذا كان كذلك كان الكفيل مقربا لك البائع فلا يصح دعواه بعد ذلك لتناقض اه اتقاني رجه الله (قوله إذا ادعاه بعده تقبل دعواه) أي وتقبل شهادته لغيره أيضا اه غايه (قوله ليحفظ الواقعة) يسعي بعد ذلك في تثبيت البيئته اه فتح

(قوله أو كتب في الشهادة كذلك من غير أن يقول الخ) قال الصدر الشهيد وغيره في شروح الجامع قال مشايخنا إن ذكر في الشهادة على البيع ما يوجب صحته ونفاذه بأن كتب في الصك باع وهو عيالك ذلك وهو كتب شهد بذلك فانه تبطل دعواه إلا أن يكون كتب الشهادة على إقراره ما بذلك كله فحينئذ لا تبطل دعواه أن يكتب في الشهادة باع فلان كذا من فلان وقد أقر البائع أنه باع ملك نفسه اه غايه (قوله في المتن ومن ضمن عن آخر خراجيه) قال الانصاف أما الخراج فانما صح الضمان به لانه دين مضمون حق الله عليه يد المطالب به ويجب فصار ضمانه كسائر الديون بخلاف الضمان بالزكاة فانه لا يصح في الاموال الظاهرة والباطنة جميعا لان الزكاة عبارة عن غلبه جزء من نصاب مقدّر شرعا من غير أن يكون ديناً في الذمة ولهذا لا تؤخذ بعد الموت من التركة بخلاف الخراج لانه دين لان الدين عبارة عن وجوب غلبه المال في الذمة بدلا عن شيء كقيم المتلفات وغن المبيع والمهر (١٦٥) ونحو ذلك والبدل كان ملكا له

فيكون المبدل ملكا له أيضا وان خراج بدل عن منفعة الحفظ فيكون ديناً وليس الزكاة بدلا عن شيء آخر فلا يكون ديناً فكان الملك متعلقا بالتبديل وهذا معنى قوله لانهم يجرد فعل يعنى ان الزكاة عبارة عن مجرد فعل وهو غلبه المال من غير أن يكون ديناً اه اتفاقنا رحمه الله (قوله وأما النوائب) قال الانصاف وأما النوائب فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم المراد ما يكون بحق كاجر الحارس وكري نهر العامة وانه دين ويسمى نائبة وقال بعضهم هو ما يحتاج اليه الامام نحو تجهيز المقاتلة وفداء الاسارى بأن لا يكون في بيت المال شيء فيؤلف ما على الناس فيجوز ذلك فيجب أدائه على كل مؤسر نظر المسلمين فيضمن انسان قسمة صاحبه أى نصيبه من ذلك يجوز وأما النوائب

أيضا عند الحاكم بالبيع وقضى بشهادته أو لم يقض يكون تسليمه حتى لا يسمع دعواه بعد ذلك لان الشهادة بالبيع على انسان اقرار منه بنفاذ البيع باتفاق الروايات لان العاقل يريد بشرفه الصحة فيصير كأنه قال باع وهو عيالك أو باع بعباياتنا فذا أو كتب في الشهادة كذلك من غير أن يقول فيه على زعم المتعاقدين أو اقراره ما فيكون بدعواه بعد منقضاء بخلاف مجرد الكتابة في الصك لانه لا يتعلق به حكم وانما هو مجرد إخبار وهو لو أخبر بان فلان باع شيء كان له أن يدعيه وقوله وختمه وقع اتفاقا باعتبار عادتهم فانهم كانوا يختصمون بعد كتابة أسمائهم على الصك خوفا من التغير والتزوير والحكم لا يختلف بين أن يكون الصك محتوماً أو غير محتوم قال رحمه الله (ومن ضمن عن آخر خراجيه أو رهن به أو ضمن فوائده وقسمته صح) أما الخراج فلانه دين لمطالب من جهة العباد فصار كسائر الديون وهذا لانه يجب حقاً للمقاتلة بدلا عن الذب والاستحفاظ والحماية عن بيضة الاسلام فكان بمنزلة الاجرة بخلاف الزكاة في الاموال الظاهرة لان الواجب فيها جزء من النصاب وهو عين غير مضمون بدليل أنه لو هلك لا يؤخذ منه شيء والكفالة باعيتان غير مضمونة لا تجوز ولان الواجب فيها فعل هو عبادة والمال محله ولهذا لا يؤخذ من تركته بعد موته الا بوصية فلا تجوز الكفالة بها كسائر العبادات ثم قيل المراد بالخراج الخراج الموظف وهو الذي يجب في الذمة بان يوظف الامام كل سنة في مال على ما يراه الخراج المقامه وهو الذي يقسمه الامام من غلة الارض لانه غير واجب في الذمة فلم يكن في معنى الدين والرهن كالكفالة لان كل واحد منهما لا يوثق فيجوز في كل موضع تجوز الكفالة فيه وأما النوائب فقد اختلفوا في صورته فقال بعضهم أريد به ما يكون بحق كاجر الحارس وكري النهر المشترك والمال الموظف لتجهيز الجيش وفداء الاسارى وقال بعضهم أريد به ما ليس بحق كالجبايات التي في زماننا ياخذها الظلمة بغير حق فان كان مراد المصنف هو الاول جازت الكفالة به بالاتفاق لانه واجب مضمون وان كان مراده الثاني ففيه اختلاف المشايخ فقال بعضهم لا تجوز الكفالة به منهم صدر الاسلام البرزوى لان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة أوفى الدين وهذا الدين لا يصلح فلا يتحقق معنى الضم وقال بعضهم يجوز منهم نخر الاسلام على البرزوى لانها في المطالبة مثل سائر الديون بل فوقها والعبرة في باب الكفالة بالمطالبة لانهم اشرعت لالتزامها ولهذا قلنا ان من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط يؤجروا وان كان لاخذنا لاخذنا لما وقلنا ان من قضى نائبة غيره بأمره رجوع عليه وان لم يشترط الرجوع كن قضى دين غيره بأمره وأما القسمة فقد قيل هي ما أصاب الواحد من النوائب لان القسمة هي النصيب قال الله تعالى وينقسمهم أن الماء قسمة بينهم والمراد به النصيب وقيل هي النوائب بعينها غير أن القسمة ما يكون

التي يوظفها السلطان ظلمة على الناس كالجبايات في زماننا بسبيل الظلم فقد اختلف المشايخ فيه اه (قوله كاجر الحارس) أى للخدمة الذي يسمى في بلاد مصر الخفير اه كان مع تغيير (قوله كالجبايات الخ) قال المكي كالجبايات الموظفة على الناس في زماننا بلاد فارس على الخياط والطباخ وغيرهما في كل شهر أو يوم أو ثلاثة أشهر للسلطان اه (قوله منهم صدر الاسلام) هو محمد بن محمد بن الحسين بن عبد الكريم النسفي اه وصدر الاسلام هذا هو أخو نخر الاسلام الآتي أيضا اه (قوله منهم نخر الاسلام على البرزوى) هو ابن محمد بن الحسين بن عبد الكريم النسفي وعبد الكريم هذا كان تلميذ الشيخ الامام محمد بن محمد بن محمود الماتريدي السمرقندي اه اتفاقنا (قوله وقلنا ان من قضى نائبة غيره بأمره رجوع عليه) لكن هذا اذا أمر به لانه اكره أما اذا كان مكرها في الامر لا يعتبر أمره في الرجوع هكذا ذكره شمس الائمة السرخسي اه اتفاقنا (قوله وان لم يشترط الرجوع) أى استحسانا بمنزلة غن المبيع اه غايه

(قوله هذا اللفظ وقع غلطاً) قلت دعوى الغلط غلط لان القسمة اسم بمعنى النصيب كما في قوله تعالى ونبتهم ان الماء قسمة بينهم والمراد بها النصيب أو بمعنى النائبة وهي أيضاً اسم أو بمعنى حق القسام وهي أيضاً اسم اه عيني (قوله لان القسمة مصدر والمصدر فعل) وهو غير مضمون اه غايه (قوله وقيل هي أن يمنع أحد الشريرين من القسمة الخ) فاذا ضمن انسان يقوم مقامه في القسمة يجوز ذلك لانه ضمن شيئاً مضموناً وهو بقدر على ايضائه اه غايه (قوله فالقول للضامن) أي في ظاهر الرواية اه كمال (قوله رواه عنه ابراهيم ابن يوسف) قال الاتقاني وروى ١٦٦ ابراهيم بن رستم عن أبي يوسف اه (قوله فلا يصديق الا بحجة لانه ادعى الخ)

راتبا والنائب ما ليس براتب وانما يوظفه الامام عند الحاجة إذا لم يكن في بيت المال شيء وقد بينا ما هو جائز بالاجاع وما هو مختلف فيه وقال أبو بكر بن أبي سعيد هذا اللفظ وقع غلطاً لان القسمة مصدر والمصدر فعل وهذا مضمون وقيل هي أن يمنع أحد الشريرين من القسمة بينه وبين صاحبه فيضمنه لانها واجبة وقال بعضهم معناها إذا اقسما ثم منع أحد الشريرين قسمة صاحبه والرواية بأو وهي لأحد المذكورين وفي الأباة تم وكذا في النقي قال رحمه الله (ومن قال لا ترضعت لك عن فلان مائة إلى شهر فقال هي حالة فالقول للضامن) يعني إذا أقرانه كفيل يدين عن فلان وادعى الاجل فصدقه المقر له وهو الطالب في الدين وكذبه في الاجل كان القول قول المقر لانه أقر له بثبوت حق المطالبة بعد شهر والمقر له يدعي عليه المطالبة في الحال وهو متكرر فكان القول قوله بخلاف ما إذا أقر بالدين المؤجل فصدقه المقر له في الدين وكذبه في الاجل حيث يكون القول فيه قول المقر لانه أقر بالدين ثم ادعى حقاً لنفسه وهو الاجل فلا يقبل قوله بالإبينة ولان الاجل في الكفالة نوع حتى يثبت فيه من غير شرط بأن كان الدين مؤجلاً على الاصيل وفي الدين عارض حتى لا يثبت الا بشرط فكان القول لمن ينكر العوارض وفي النوع القول للمقر لانه صفة للدين وقال الشافعي القول للمقر فيهما لان الاجل وصف فيه ما يقال دين مؤجل وحال وفي الاوصاف القول للمقر وقال أبو يوسف القول للمقر له في الفصلين رواه عنه ابراهيم بن يوسف لان المقر قد أقر له بحق ثم ادعى تأخيره فلا يصديق الا بحجة لانه ادعى أن له على صاحبه حقاً وهو التأخير ألا ترى أنه لو أقر بالكفالة على أنه بالخيار جازاً أقراره بالكفالة وبطل الخيار لما قلنا ونحن بينا الفرق بين الفصلين وليس هذا كالخيار لان الخيار معنى بطل الكفالة فلا يصديق باطلها بعد الاقرار بها بخلاف الاجل لانه ليس باطل وانما هو نوع في الكفالة على ما بينا وما قاله الشافعي ان الاجل وصف للدين لا يستقيم لانه ليس بصفة للدين في الحقيقة وان كان وصفه لفظاً ألا ترى أن الدين حق الطالب والاجل حق المطلوب ولو كان حقاً لما اختلف مسخهما كالجودة والرداءة فيه والحيلة فيما إذا كان عليه دين مؤجل وادعى عليه وخاف الكذب ان أنكر والمؤاخذه في الحال ان أقر أن يقول للذي ادعى هذا الذي تدعيه من المال حال أو مؤجل فان قال مؤجل فلا دعوى عليه في الحال وان قال حال فينكره وهو صدوق فلا حرج عليه وقيل من عليه الدين مؤجلاً اذا أنكر الدين وقال ليس له قبل اليوم حق فلا بأس به اذا لم يرد به لئلا يحقه قال رحمه الله (ومن اشترى أمة وكفل له رجل بالدرك فاستحققت ثم يأخذ المشتري التكفيل حتى يقضى له بالثمن على البائع) لان الكفالة بالدرك هو ضمان الثمن عند خروج المبيع عن ملكه بالاستحقاق وهو لم يخرج عن ملكه ما لم يفسخ البيع ويحكم على البائع برد الثمن على المشتري وبمجرد الاستحقاق لا يفسخ ولهذا أجاز المشتري قبل الفسخ جازاً فلو كان منتقضا لما جاز فاذ لم ينتقض لم يجب الثمن على البائع ولم يخرج عن ملكه لان بدل المستحق مملوك ألا ترى أنه لو كان ثمنه عسداً فاعتقه البائع في هذه الحالة عتق وكذلك لو كان المشتري باع الجارية من انسان فاستحققت من يد الثاني ليس للمشتري الأول

قال الاتقاني ووجه قول أبي يوسف انهما صادقا في وجوب المال واختلاف في الاجل ثبت ما اتفقا عليه ولم يثبت ما اختلفا فيه ووجه الظاهر ما قال أصحابنا في شروح الجامع الصغير ان الاجل في الدين الواجبة لا بعدد الكفالة كالعروض وثن المبيعات والمهور وقسم المتقات عارض ولهذا اذا اطلقت تكون حالة فاذا أنكر الاجل فقد أنكر العارض فكان القول قوله ولهذا قلنا في خيار الشرط اذا ادعاه أحد العاقدين لا يثبت بقوله لانه عارض وأما الاجل في الكفالة فقد ثبت من غير شرط بأن قال كفلت بمالك على فلان وعلى الاصيل دين مؤجل يكون مؤجلاً على التكفيل من غير شرط فلم يكن الاجل في الكفالة أمراً عارضاً بل الكفالة المؤجلة أحد نوعي الكفالة والاقرار بأحد النوعين لا يكون اقراراً

بالنوع الآخر اه قال كمال رحمه الله وجه المذهب ان المقر بالدين أقر بما هو سبب المطالبة في الحال ان اذا اظهر ان الدين كذلك لانه انما يثبت بدلا عن قرض أو تسلف أو بيع وشعوه والظاهر ان العاقل لا يرضى بخروج مستحقه في الحال الا لبدل في الحال فكان الحلول الاصل والاجل عارض فكان الدين المؤجل معروض العارض لا نوعاً ثم ادعى لنفسه حقاً وعو تأخيرها والاخر ينكره وفي الكفالة ما أقر بالدين على ما هو الاصل بل حق المطالبة بعد شهر والمكفول له يدعيه في الحال والكفيل ينكر ذلك فالقول له وهذا لان التزام المطالبة يتنوع الى التزامها في الحال أو المستقبل كالكفالة بما ذاب والدرك فاعلم أن أنواعها فلا يلزم بالنوع الآخر اه (قوله ولو كان وصفاً) الذي بخط الشارح ولو كان حقاً اه

باب كفالة الرجلين والعبدین

شرع في كفالة الرجلين بعد كفالة الرجل لان الاثنين بعد الواحد في الوجود فان رد كرها وضعه للتناسب اه اتقاني (قوله حتى يزيد ما يؤديه على النصف) أي سواء عين عن صاحبه أو لم يعين اه منافع (قوله ولانه لو وقع في النصف عن صاحبه الخ) قال الكمال رحمه الله ولانه لو وقع في النصف عن صاحبه للكفالة كان له أن يرجع عليه به فله صاحبه أن يرجع بعين ما رجع به المؤدى لان أداء نائبه يعني كفيله بأمره كادائه بنفسه ولو أدى بنفسه يرجع فكذا بنائبه لكن اذا جعله كله عن صاحبه فنقول بذلك ليرجع بجميع ما رجع به صاحبه والالم يكن له أن يرجع الانصف ما رجع به صاحبه بيانه أدى الأول مائتين يرجع بنصفها لانه في إحدى المائتين أصل فاذا رجع به على صاحبه لم يقدر صاحبه أن يرجع بكليهما الا اذا اعتبر نفسه مؤديا (١٦٧) كها عن صاحبه المؤدى حقيقة والالم

يرجع الانصفها لانه لو أداه حقيقة بنفسه انصرف منها خمسون الى ما عليه أصالة وخمسون الى ما عليه كفالة وانما يرجع عما عن الكفالة فيؤدي الى الدور وما يؤدي الى الدور ممتنع فممتنع رجوعه فلم يقع عن صاحبه والاتغير حكم

الشرع اذا الوقوع عن صاحبه حكمة جواز الشرع وقد علمت أنه امتنع الدور وعلم أن ليس المراد حقيقة الدور فانه توقف الشيء على ما توقف عليه ورجوع المؤدى ليس متوقفا على رجوع صاحبه بل اذا رجع للاخر أن يرجع ولا يلزم كونه في مال واحد بل ان شاء أعطاه ما أخذه منه فاذا رجح الآخر استعاده أو أعطاه غيره وكذا الأول فالأول في الحقيقة النسب في

أن يرجع على بآئنه مالم يرض عليه بالثمن للثاني كي لا يجتمع بدلان في ملك واحد فاذا حكم الحاكم بالثمن عليه انتقض وسقط احتمال الاجازة ولزم البائع رد الثمن فيلزم كفيله ضرورة بخلاف القضاء بالخرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع على البائع والكفيل به وعن أبي حنيفة أن البيع ينتقض بمجرد رد الاستحقاق لان الخصومة من المستحق وطلب الحكم من القاضي دليل على النقص فينتقض به البيع كما ينتقض بالنقص صريحاً فلا تعلل اجازة المستحق بعد ذلك وعن أبي يوسف مثله فعلى هذا يرجع به عليه بمجرد القضاء به عن أبي يوسف انه ان أخذ العين بعد الحكم ينسخ البيع لان أخذه دليل الفسخ والظاهر هو الاول

باب كفالة الرجلين والعبدین

قال رحمه الله (دين عليهم ما وكل كفيلا عن صاحبه فمأداه أحدهم لم يرجع به على شريكه فان زاد على النصف رجح بالزيادة) معناه اذا كان لرجل دين على اثنين بأن اشتريا منه عبداً وتكفل كل واحد منهما عن صاحبه فمأداه أحدهم لم يرجع به على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد منهما في النصف أصيل وفي النصف ككفيل فمأداه ينصرف الى ما عليه أصالة اذا لمعارضة بين ما عليه بطريق الاصل وبين ما عليه بطريق الكفالة لان الأول دين ومطالبة والثاني مطالبة فقط فلا يعارض الاول وكذا سبب الاول وهو الشراء أقوى من سبب الثاني وهو الكفالة ولهذا ينفذ الاول من الرضا من جميع ماله وان كان عليه دين والثاني لا ينفذ الا من التلث بشرط أن لا يكون عليه دين وان كان عليه دين مستغرق لا ينفذ أصلاً فكان كدفع المعارضة الضعيف وهذا نظير ما لو اشترى ثوباً بوفضة بفضة فقبضهما وقبض الآخر من الفضة الخالصة قدر فضته ثم افتراق قبل قبض الباقي يجعل المقبوض ثمن الصرف لأن الصرف أقوى وأكدر حتى أوجب القبض قبل الافتراق ولان الكفالة توجب المطالبة وهي تبع للدين فلا معارضة بين الاصل والتبع ولانه لو وقع في النصف عن صاحبه كان لصاحبه أيضاً أن يرجع عليه بأن يجعل المؤدى عنه لان المؤدى نائبه وأداء نائبه كادائه فيؤدي الى الدور فيسقط ولا معارضة فيما زاد على ما عليه بطريق الاصل ولا دور فيرجع عليه به ولو كان ما عليه مؤجلاً وما على صاحبه حالاً صحت تعيينه لانه لا معارضة اذا لا يجب ما عليه في الحال وليس لشريكه أن يرجع عليه

الرجوعات بينهما فممتنع الرجوع المؤدى اليه والحق أن هذا الوجه باطل لان رجوع المؤدى عنه لا يمكن أن يسوغه شرعاً اعتباراً بالمؤدى عنه انه أدى بنفسه واحتسبه عن المؤدى لانه اعتباراً باطل يؤدي الى أن المؤدى عنه يرجع على المؤدى عتلى ما أدى الى الطالب وهو نقيض ما يقطع به في الشرع أن المؤدى هو الذي يرجع على المؤدى عنه بمثل ما أدى عنه وكيف يكون أداء الانسان عن غيره سبباً لان يرجع عليه ذلك الغير بمثل آخره مجازفة عظيمة اه (قوله كان لصاحبه أيضاً أن يرجع عليه) أي لان المؤدى متى جعل المؤدى عن صاحبه بحكم الكفالة عنه ليرجع عليه فلصاحبه أن يجعل عنه أيضاً ويرجع عليه لانه يقول أدائك بأمرى وأنت كفيلا عني كادائي وأنا كفيلا عني ثم فيؤدي الى الدور وهو باطل كذا في المنافع وهو أوضح مما في الشرح اه (قوله ولا معارضة فيما زاد على ما عليه الخ) قال في المنافع واذا زاد على النصف فليس لصاحبه أن يجعل المؤدى وهو الزيادة كادائه بنفسه لانه لم يبق كفيلاً عن المؤدى لانه بإداء حصته نفسه لم يبق الدين عليه اه (قوله وليس لشريكه) أي الدافع الذي عليه حالاً اذا أدى عن المؤجل اه

(قوله يصدق) وكان ينبغي أن لا يصدق وهذا وجه ورودها على مسألة الكتاب فاعلم اهـ (قوله وليس لصاحبه أن ينقض الاستواء بالرجوع عليه مراعاة) يعني أن المانع من نقض الاستواء هو المراعاة الخ اهـ (قوله بخلاف المسئلة الاولى الخ) قال الكمال رحمه الله وهذا الفرق باعتبار الوجه الاول في المسئلة الاولى ولو كان الوجه الثاني صحيحا لم يبق فرق باعتبارها لان مسوغ رجوع المؤدى عنه اعتبار نفسه أدى ما أداه عنه المؤدى واحتسابه به عن المؤدى وهذا يمكن هنا بعينه بأن يقول هذا الذي ترجع على به بسبب انك أديته عنى هو كادى بنفسى فكأننى أنا الذى أديته واحتسابه عنك فأنا أرجع عليك به ولا شك في بطلان هذا فلا يقع الفرق الا باعتبار القوة والضعف وهو الوجه الاول اهـ (قوله ثم يرجعان (١٦٨) على الاصيل وقوله وان شاء المؤدى رجوع بالجميع على الاصيل) لا يخلو مع ما سبق عن

لان الكفيل اذا جعل ديناً مؤجلاً ليس له أن يرجع على الاصيل قبل حلول الاجل وكذا لو كفّل أحدهما عن صاحبه دون الآخر وأدى الكفيل بغيره عن صاحبه يصدق وهي واردة على مسألة الكتاب قال رحمه الله (وان كفلا عن رجل فكفل كل عن صاحبه فما أدى رجوع بنصفه على شريكه أو بالكل على الاصيل) معناه اذا كان على رجل دين ألف درهم مثلاً فكفل عنه رجلان كل واحد منهما بالجميع على الافراد ثم كفّل كل واحد من الرجلين عن صاحبه بما لزمه بالكفالة لان الكفالة عن الكفيل جائزة كما يجوز عن الاصيل فما أدى أحدهما رجوع بنصفه على صاحبه ثم يرجعان على الاصيل ان شاء وان شاء رجوع هو بالكل على الاصيل لان ما عليهم مستويان فلا ترجيح للبعض على البعض اذا لزم الكفالة فيكون المؤدى شائعاً عنهم ما في رجوع بنصفه على شريكه اذ لا يؤدى الى الدور لان قضيتيه الاستواء وقد حصل رجوع أحدهما بنصفه وليس لصاحبه أن ينقض الاستواء بالرجوع عليه مراعاة ما اقتضاه العقد اذا الاستواء في السبب يوجب الاستواء في الحكم وهو الغرم بخلاف المسئلة الاولى لان الترجيع فيها حاصل من الابتداء فلا ينقض الرجوع فيؤدى الى الدور ثم يرجعان على الاصيل لانهم ما أدوا عنه دينه بأمره أحدهما بنفسه والاخر بنائبه وان شاء المؤدى رجوع بالجميع على الاصيل لانه كفّل بالجميع بأمره هذا اذا كفّل كل واحد منهما عن الاصيل بجميع الدين على التعاقب ثم كفّل كل واحد منهما عن صاحبه بالجميع وأما اذا كفّل كل واحد منهما بالنصف ثم كفّل كل واحد منهما عن صاحبه فهي كالمسئلة الاولى في الصحيح حتى لا يرجع على شريكه بما أدى ما لم يزد على النصف وكذا لو كفلا عن الاصيل بجميع الدين معاً ثم كفّل كل واحد منهما عن صاحبه لان الدين ينقسم عليهم ما نصفين فلا يكون كفيلاً عن الاصيل بالجميع وكذا لو كفّل كل واحد منهما عن الاصيل بالجميع متعاقباً ثم كفّل كل واحد منهما عن صاحبه بالنصف قال رحمه الله (وان أبرأ الطالب أحدهما أخذ الآخر بكفه) لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقى المال كله على الاصيل والاخر كفيل عنه بكفه فبأخذه قال رحمه الله (ولو افتقر المفاوضان أخذ الغريم بأشاكل الدين) لان كل واحد منهما كفيل عن الآخر على ما بينا في الشركة قال رحمه الله (ولا يرجع حتى يؤدى أكثر من النصف) لما بينا من الوجهين في كفالة الرجلين قال رحمه الله (وان كاتب عبديه كذبة واحدة وكفل كل عن صاحبه وأدى أحدهما رجوع بنصفه) وهذا استحسان والقياس أن لا يجوز لانه كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة وكل واحد منهما بانقراده باطل وعند الاجتماع أولى فصار كما اذا اختلفت كتابتهما ما وجه الاستحسان أن تصرف الانسان يجب تصحيحه بقدر الامكان وقد أمكن تصحيح هذه الكفالة بأن يجعل

تكرار فاعلم اهـ (قوله) في المتن ولو افتقر المفاوضان الخ) قال الاتفاقى وأصله أن المفاوضة شركة عامة في كل مال وصحيفة عندنا وتنتهى على ثلاثة أشياء التوكيل من كل واحد منهما صاحبه فيما كان من أعمال التجارة والكفالة بما كان من ضمان التجارة والاستواء في جنس رأس المال ابتداء وانتهاء فإذا كان انعقادها على الكفالة كان للغرماء أن يطلبوا بجميع الدين أي ما شاؤا لان الكفالة تثبت بعقد المفاوضة قبل الافتراق فلا تبطل بالافتراق اهـ (قوله في المتن وان كاتب عبديه كتابة واحدة) أى بان قال مثلاً كاتبك على ألف الى عام اهـ (قوله وأدى أحدهما رجوع بنصفه) قال في شرح التسكيلة وان كاتب عبديه كتابة واحدة على كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شئ أداه أحدهما رجوع على شريكه

بنصفه لانهم ما فيه سواء من حيث الاصله والكفالة اهـ (قوله وكل واحد منهما بانقراده باطل) أى لان الكفالة تبرع والمكاتب لا يملك التبرع والكفالة انما تصح بالدين الصحيح وبدل الكتابة ليس بدين صحيح فلا تصح الكفالة به اهـ اتفاقى (قوله فصار كما اذا اختلفت كتابتهما) أى بان كاتب المولى كل واحد منهما على حدة وكفل أحدهما عن الآخر فانما حينئذ باطلة قياساً واستحساناً اهـ (قوله وهذا استحسان) وجه الاستحسان أنه يمكن تجوز هذا العقد بان يجعل كل البدل على أحدهما ما والاخر تبعاله في العتق بان يكون كل واحد منهما أصيلاً في الكل وكفيلاً عن صاحبه في الكل كالولد المولود في الكتابة حيث يكون مكاتباً تبعالاه فالحقل هذا العقد الصحة صحيح وجعل كل واحد منهما كأن المال عليه وكان مؤاخذاً بحكم الاصله لا الكفالة فاذا أدى أحدهما ما شياً يقع

عن جميع البدل فيقع عن صاحبه نصف ذلك لاستوائهما في العلة وهي ان كل البدل مضمون على أحدهما بعبارة الكتابة ولهذا لا يعتق واحد منهما ما لم يؤد جميع البدل فان أعتق المولى أحدهما صاحبه لانه ملكه وسقط نصف بدل الكتابة لان البدل في الحقيقة مقابل برقبتهما وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان فاذا ثبت عتق أحدهما استغنى عن بدل رقبته اه اتقاني (قوله احتيالا لتصحيح الضمان) والحامل على ذلك تشوف الشارع الى العتق اه (قوله قلنا هذا في حالة البقاء) (١٦٩) كالمات شهودا الشكاح اه (قوله

في المتن ومن ضمن عن عبد مالا يؤخذ به بعد عتقه) قال نخر الاسلام أراد به اقراره بالاستهلاك لانه قد ينطلق عليه فاما اذا استهلكه عبنا فانه يؤخذ به في الحال الا في المودع المحجور اذا استهلكه فانه لا يضمنه حتى يعتق عند أبي حنيفة ومحمد وكذلك لو أقرضه انسان أو باعه أو وطئ بشبهة بغير إذن المولى لم يؤخذ به حتى يعتق أيضا فهذا كله نوع واحد في الحكم وجوابه أن الكفيل يؤخذ به حالا وقال نخر الدين قاضيجان في شرح الجامع الصغير صورة المسئلة اذا أقر العبد باستهلاك مال وكذبه المولى أو كان محجورا وأودعه انسان فاستهلك الوديعة فانه لا يؤخذ به حتى يعتق في قول أبي حنيفة ومحمد ولو أقرضه انسان أو باعه وهو محجور أو وطئ امرأة بشبهة بغير إذن المولى فانه لا يؤخذ بالمهر حتى يعتق فان كفل انسان به ولم يسم حالا وغيره فهو حال أما صحة الكفالة فلان المال مضمون على الاصيل وانما يطالب الاصيل في

المال كله على كل واحد منهما في حق المولى وفي حق نفسه وعتق الآخر معلق بأداءه فيطالب المولى كل واحد منهما بجميع المال بحكم الاصل لا بحكم الكفالة فهم ادى عتق وعتق الآخر تبعاله كما في ولد المكاتب لكن كل واحد منهما كفيل في حق صاحبه لان المال في الحقيقة مقابل بهما حتى انقسم عليهما فصارت كفالته بما عليه أصالة وكفالة المكاتب بما عليه أصالة جائزة فكان كل واحد منهما ماصيلا في الكل كفيلا عن صاحبه بالكل ولا تظهر الكفالة الا في حق صاحبه لانها ضرورية فيقتدر بقدرها حتى تكون مطالبة المولى كل واحد منهما بجميع المال بحكم الاصل لا بحكم الكفالة فاذا أدى أحدهما شيئا وقع عن كل البدل فيقع نصف ذلك عن صاحبه لاستوائهما في جميع به عليه ولو رجع بالكل لا يتحقق المساواة بخلاف ما اذا اختلفت كتابتهما لان عتق كل واحد منهما معلق بأداء المال على حدة وهو صحيح في نفسه فلا حاجة الى تصحيحه بما ذكرنا من الطريق ثم المسئلة على ثلاثة أوجه أحدها أن يكتبهما كتابا واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكمه ما ذكرنا والثاني أن يكتبهما كتابا واحدة على ألف ولم يرد على هذا فكمه أن كل واحد منهما يلزمه حصته ويعتق بأداء حصته لان المقابلة المطلقة تقتضي ذلك والثالث أن يكتبهما كتابا واحدة على أنهما أن أدبا عتقا وان عجزا رد في الرق ولم يذكركفالة كل واحد منهما عن صاحبه فعند زفر جواب هذا مثل الفصل الثاني حتى يعتق أحدهما بأداء حصته لان كل واحد منهما ملزم بالتزم بالقبول الا حصته ولهذا ليس للمولى أن يطالب أحدهما بجميع البدل ولو أدى أحدهما الجميع لم يرجع على صاحبه بشئ بخلاف ما اذا شرط كفالة كل واحد منهما عن صاحبه لانا نقول لا يعتق واحد منهما ما لم يصل جميع المال الى المولى لان شرط المولى في العقد يجب مراعاته اذا كان صحيحا شرعا وقد شرط العتق عند أدائها جميع المال نصا فلو عتق أحدهما بأداء حصته كان مخالفا لشرطه وما استدل به زفر ممنوع فان هذا عندنا كالفصل الاول في جميع ما ذكرنا فلهذا قلنا ما لم يصل جميع المال الى المولى لا يعتق واحد منهما ما ذكره في المبسوط قال رحمه الله (ولو حرر أحدهما أخذ بأداء حصته من لم يعتقه) معناه لو أعتق أحد العبدین فيما اذا كانتا مشروطا كفالة كل واحد منهما عن صاحبه صح العتق ولو جرد المصحح للعتق وهو الملك في الرقبة ويرى عن حصته من بدل الكتابة لانه لم يرض بالتزام المال الا ليكون وسيلة الى العتق ولم يبق وسيلة تقسقط حصته ويبقى على صاحبه حصته لان المال في الحقيقة مقابل برقبتهما وانما جعل على كل واحد منهما كفا احتيالا لتصحيح الضمان واذا حصل له العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتهما فبتوزع عليهم ما ضرورة فاذا توزع سقط حصته المعتق لما ذكرنا وبأخذ بحصة الذي لم يعتق أيهما شاء فان شاء أخذ المعتق بالكفالة وان شاء أخذ صاحبه بالاصالة قال رحمه الله (فان أخذ المعتق يرجع على صاحبه وان أخذ الآخر لا) لان غير المعتق أصيل فلا يرجع على أحد اذا أدى والمعتق كفيل عنه بأمره فيرجع به عليه فان قيل كيف يكون المعتق كفيلا عنه والكفالة بيد الكتابة لا يجوز قلنا هذا في حالة البقاء لانه لم يكن في الابتداء كفيه لا فقط وانما كان بدل الكتابة واجبا عليه أصالة وقد رنا الكفالة فيه في حق صاحبه احتيالا لتصحيح الاداء عن صاحبه وبعد العتق لا يمكن ايجاب البدل عليه لاستغنائه فلا يمكن تقدير الاصله فيه فبقى ككفيل قال رحمه الله (ومن ضمن عن عبد مالا يؤخذ به بعد عتقه

(٢٢ - زبلي رابع) الحال لعسرة لان العبد وما في يده مولاه ولم يظهر ما وجب على العبد لصحة سببه في حق المولى لان المولى لم يرض به والكفيل ليس بعسر فيطالب حالا لان المانع عن مطالبة العبد وهو العسر لم يوجد في حق الكفيل فصار بمنزلة الكفالة عن غائب حيث تصح ويؤخذ الكفيل به حالا وان عجز الطالب عن مطالبة الاصيل اه اتقاني وكتب على قوله يؤخذ به بعد العتق ما نصه هذه الجملة وقعت صفة للسكره وهي قوله مالا أي ما لا غير واجب على العبد أدائه قبل العتق اه

(قوله فهو حال وان لم يسمه) يعني هو حال وان لم يسمه حالاً ولا مؤجلاً اه (قوله كما اذا الزمه بالاقرار) أي بان أقتر باستملاك مال وكذبه المولى اه (قوله لان المال حال على العبد لوجود السبب وقبول ذمته) أي وعدم الاجل فكيف والعق لا يصلح أجلاً لجهالة وقت وقوعه وقد لا يتبع أصلاً اه (قوله فصار كمالو كفل عن غائب) أي حيث يصح ويؤخذ به الكفيل حالاً وان عجز الطالب عن مطالبة الاصيل اه غايه (قوله أو مفلس) بتشديد اللام المفتوحة اه غايه وكتب مانصه فلسه القاضي حيث نصح الكفالة ويؤخذ به الكفيل حالاً لعدم اعتبار الكفيل اه غايه (قوله وقام مقام الطالب) أي والطالب ما كان له مطالبة قبل العتق فكذا الكفيل اه (قوله احتراز عما يؤخذ به في الحال مثل دين الاستهلاك) (١٧٠) قال الكمال رحمه الله ولو كان كفل بدين الاستهلاك المعين ينبغي أن يرجع قبل

فهو حال وان لم يسمه المراد به دين لم يظهر في حق المولى كما اذا الزمه بالاقرار أو الاستملاك أو بالوطء عن شبهة أو استهلاكاً وديعة فان هذه الديون لا تظهر في حق المولى فلا يؤخذ بها في الحال وانما يؤخذ بها بعد الحرية فلو أن انساناً تكفل بهذه الديون يلزمه ويطالب به في الحال لان المال حال على العبد لوجود السبب وقبول ذمته الا أن المطالبة تأخرت عنه لعسرته اذ هذه الديون لا تتعلق برقبته لعدم ظهورها في حق المولى والكفيل غير معسر فصار كمالو كفل عن غائب أو مفلس بخلاف ما اذا كفل بدين مؤجل حيث لا يلزم الكفيل حالاً لانه التزم المطالبة بدين والطالب ليس له أن يطالب بالدين المؤجل في الحال ثم اذا أدى عنه يرجع به بعد العتق ان كان بأمره لان الكفيل بالاداء ملك الدين وقام مقام الطالب فلا يطالبه قبل الحرية وقوله بدين يؤخذ به بعد عتقه احتراز عما يؤخذ به في الحال مثل دين الاستهلاك عما نأودين لزمه بالتجارة باذن المولى فانه تجوز الكفالة به بلا شبهة قال رحمه الله (ولو ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فبات العبد فيرهن المدعى انه له ضمن قيمته ولو ادعى على عبداً ما لا وكفل بنفسه رجلاً فبات العبد برئ الكفيل) والفرق ان الثانية تكفل عن العبد بتسليم نفسه فاذا مات العبد وهو المكفول به برئ هو وبراءته توجب براءة الكفيل على ما بينا من قبل ولا يختلف ذلك بين أن يكون المكفول به حراً أو عبداً وفي الاولى تكفل عن ذي اليد بتسليم رقبة العبد لان المدعى يدعى غصب العبد على ذي اليد والكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها جائزة على ما تقدم فيجب على ذي اليد رد العين فان هلكت يجب عليه قيمتها فكذا على الكفيل ان أثبت المدعى بالينة أن العبد له لانه يقوم مقام الاصيل والينة كاسمها مبنية فيظهر بها أن العبد ملك بخلاف ما اذا ثبت الملك له باقرار ذي اليد أو بشكواه لان اقرار الاصيل ليس بحجة في حق الكفيل فلا يلزمه ما يقربه هو بنفسه قال رحمه الله (ولو كفل عبداً عن سيده بأمره فعتق فأداه أو كفل سيده عنه وأداه بعد عتقه لم يرجع واحدهما على الآخر) ومعنى الاول أن لا يكون على العبد دين لان أمر المولى بالتكفيل يصح اذا لم يكن عليه دين ألا ترى أن له أن يجعله بالدين ولو أقر عليه بالدين نفذ اقراره وله أن يرهنه وان كان عليه دين مستغرق ليس له شيء من ذلك لانه يتضمن ابطال حق الغرماء وأما كفالة المولى عن العبد فصحيحة كيفما كانت وقال زفر يرجع كل واحد منهما على صاحبه اذا أدى عنه بعد الحرية وكانت الكفالة بأمره لتحقق الموجب للرجوع ولزوال المانع من الرجوع قلنا وقعت غير موجبة للرجوع لان أحدهما لا يستحق على الآخر ديناً فلا تنقلب موجبة بعد ذلك كما اذا كفل رجل عن رجل بغير أمره فباعه فأجاز فانها لا تنقلب موجبة للرجوع فكذا هذا ثم فائدة كفالة المولى عن عبده وجوب مطالبة بافناء الدين من سائر أمواله وفائدة كفالة العبد عن مولاه تعلقه برقبته

العتق اذا أدى لانه دين غير مؤخر الى العتق فيطالب السيد بتسليمه رقبته أو القضاء عنه ويبحث أهل الدرس هل المعتبر في هذا الرجوع الامر بالكفالة من العبد أو السيد وقوى عندي كون المعتبر أمر السيد لان الرجوع في الحقيقة عليه اه (قوله في المتن ولو ادعى رقبة العبد فكفل به رجل) أي كفل عن المدعى عليه بتسليم رقبة العبد رجلاً اه (قوله برئ الكفيل) قال الفقيه أبو الليث وهذا اذا كفل بنفس العبد ولو كفل بالدين الذي عليه في هذا الفصل يجب الضمان على الكفيل وان مات بتجارة الكفالة عن حر فبات الحر مفلساً لا بيراً الكفيل من كفالاته في قولهم جميعاً وليس بمنزلة من كفل بعبده وقدرى عن أبي حنيفة أنه قال لا تجوز الكفالة اذا لم يكن لليت

تركة وأما في هذه المسئلة فقد صحت الكفالة في حال حياته فلا تبطل بعد موته اه اتقاني (قوله وفي الاولى تكفل) كتاب عن ذي اليد بتسليم رقبة العبد فاذا مات العبد فقام الذي البينة بعد ذلك غرم المدعى عليه قيمة العبد وغرمه الكفيل أيضاً لان الكفالة تحمل الضمان عن الغرماء فوجب ضمان القيمة على الاصيل وجب على الكفيل لانه التزم المطالبة بما على الاصيل وقد انتقل الضمان في حق الاصيل الى القيمة فينتقل في حق الكفيل أيضاً اه اتقاني (قوله بخلاف ما اذا ثبت الملك له باقرار ذي اليد الخ) حيث يقضى بقيمة العبد الميت على المدعى عليه ولا يلزم ذلك الكفيل اه غايه (قوله فصحيحة كيفما كانت) أي سواء كان عليه دين أو لا اه (قوله قلنا وقعت غير موجبة للرجوع) أي لان العبد لا يستوجب على مولاه ديناً اذا لم يكن عليه دين مستغرق وكذا المولى لا يستوجب على عبده ديناً بحال اه غايه (قوله فأجاز) أي المكفول عنه الكفالة فأدى الكفيل شيئاً لا يرجع على المكفول عنه اه قاضيان

كتاب الحوالة

(قوله ومن شرائطها القبول) أي قبول المحتال اه (قوله وفيه خلاف أبي يوسف كافي الكفالة) قال الكمال ولا تصح الحوالة في غيبة المحتال في قول أبي حنيفة ومحمد كما قلنا في الكفالة إلا أن يقبل رجل الحوالة للغائب فتشترط على إجازته إذا بلغه وكذا لا يشترط حضرة المحتال عليه حتى لو أحال على غائب قبله فإجازته (قوله وقال عليه الصلاة والسلام من أحيل على ملي فليتبسع) رواه في الهداية بهذا اللفظ اه وكتب ما نصه قال صلى الله عليه وسلم فيما رواه أبو هريرة مطلق الغني ظلم وإذا أتبع أحدكم على ملي فليتبسع متفق عليه وأما بلفظ أحيل مع لفظة تبسع كما ذكره المصنف فن رواية الطبراني عن أبي هريرة في الوسط قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يظلم الغني ظلم ومن أحيل على ملي فليتبسع ورواه أحمد وابن أبي شيبة ومن أحيل على ملي فليجتنب قيل وقد يروى فإذا أحيل بالفاء فيفيد أن الأمر بالاتباع للأمة على معنى أنه إذا كان مطل الغني ظلماً فإذا أحيل على ملي فليتبسع (١٧١) لأنه لا يقع في انظلم والله أعلم ثم أكثر اه ل العلم على أن الأمر المذكور أمر استحباب وعن

كتاب الحوالة

وهي في اللغة التحويل والنقل ومنه حوالة الغراس نقله قال رحمه الله (هي نقل الدين من ذمة إلى ذمة) هذا في الشرع وفي اللغة هو النقل مطلقاً على ما بينا قال رحمه الله (وتصح في الدين لافي العين برضا المحتال والمحال عليه) وهذا من شرائطها ومن شرائطها القبول وفيه خلاف أبي يوسف كافي الكفالة وهي مشروعة بأجماع الأمة وقال عليه الصلاة والسلام من أحيل على ملي فليتبسع والأمر بالاتباع دليل الجواز ولأنه التزام ما يقدر على تسليمه فوجب القول بصحته دفعاً للحاجة وإنما اختلفت بالدون لأنها تنفي عن النقل والتحويل وهو في الدين لافي العين لأن الدين وصف شرعي وهذا النقل حكم شرعي يظهر أثره في المطالبة فجاء أن يؤثر النقل الشرعي في الثابت شرعاً وأما العين فحسبي فلا ينتقل بالنقل الحكمي بل بالنقل الحسبي وإنما اشترط رضاهم إلا أن المحتال هو صاحب الحق ويختلف عليه الذمم فلا بد من رضاه لاختلاف الناس في الإيفاء فمنهم من يحاطل مع القدرة ومنهم من يوفي ناقصاً ومنهم من هو بالعكس فلا يلزمه بدون رضاه والمحال عليه يلزمه المال ويختلف عليه الطلب والناس متفاوتون فيه فمنهم من يعنف فيه ويستعجل ومنهم من يساهل ويجهل ويسامح ولينكر المصنف الحيل لأن الحوالة تصح بدون رضاه وإنما يشترط رضاه للرجوع عليه أو ليسقط دينه ونظيرها الكفالة فإنها تصح بدون رضا المكفول عنه قال رحمه الله (وبرئ الحيل بالقبول من الدين) وهذا حكمها وقال زفر لا يبرأ لأن المقصود به التوثيق وهو بازدياد المطالبة كالكفالة لا تؤثر في سقوط ما كان له من المطالبة وقال ابن أبي ليلى يبرأ في الكفالة أيضاً اعتباراً بالحوالة ولنا أن الأحكام الشرعية تثبت على وفق المعاني اللغوية فمعنى الحوالة النقل والتحويل وهو لا يتحقق إلا بفرغ ذمة الاصيل لأن الدين متى انتقل من ذمة لا يبقى فيها والكفالة معناها الضم فيقتضي أن يكون موجباً للضم والذمة إلى الذمة ولا يتحقق ذلك مع براءة ذمة الاصيل والاستثنائية فيه بالضم وفي الحوالة باختيار من هو الأمل من الحيل وأحسن من الحيل في القضاء ولا يقال لو برئ لما أجبر المحتال على القبول إذا قضاه الحيل الدين كما لو قضاه الاجنبي لانا نقول الاجنبي متبرع والحيل غير متبرع لأنه يحتمل عود المطالبة إليه بالتوى فلم يكن أجنياً إذ قصده دفع الضرر عن نفسه

أحمد لا وجوب والحق الظاهر أنه أمر بإباحة هو دليل نقل الدين شرعاً أو بالمطالبة فإن بعض الأملاء عنده من اللد في الخصومة والتعسير ما تكثر به الخصومة والمضارة اه فن علم من حاله هذا لا يطلب الشارع اتباعه بل عدمه لما فيه من تكثير الخصومات والظلم وأما من علم منه الملاعة وحسن القضاء فلا شك في أن اتباعه مستحب لما فيه من التخفيف على المديون والتيسير ومن لا يعلم حاله فباح لكن لا يمكن إضافة هذا التفصيل إلى النص لأنه جامع بين معنيين مجزأين للفظ الأمر في إطلاق واحد فإن جعل للأقرب أضرر معه القيد والافهو دليل الجواز للإجماع على

جوازها اه فتح (قوله وهو في الدين لافي العين) أي لأن العين لا تثبت في الذمة فلا يتأتى نقلها من ذمة إلى ذمة فلم تصح الحوالة في العين اه اتقاني (قوله وأما العين فحسبي الخ) ولا يقال إن الأوصاف لا تقبل النقل لانا نقول أحكام الشرع بمنزلة الجواهر على معنى أنها تبقى بعد المباشرة اه مستصفي (قوله لأن الحوالة تصح بدون رضاه) ذكره في الزيادات اه هداية (قوله وإنما يشترط رضاه للرجوع عليه) أي لأن التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو أي الحيل لا يتضرر به بل فيه نفعه عاجلاً باندفاع المطالبة عليه عنه في الحال وأجلاً بعدم الرجوع عليه لأنه لا يرجع إلا بامرٍ وحيث ثبتت الحوالة بغير رضاه كان (١) (قوله وقال زفر لا يبرأ) أي من الدين والمطالبة أيضاً اه فتح بمعناه (قوله لأنه يحتمل عود المطالبة إليه بالتوى) أي لأنه إنما انتقل إلى ذمة أخرى بشرط السلامة فإذا توى يرجع فلم يكن الحيل متبرعاً في القضاء اه اتقاني

(قوله ثم اختلفوا في البراءة) أي براءة المحيل اه (قوله وقال محمد بن أبي عن المطالبة فقط ولا يبرأ عن الدين وقوله في المتن ويري المحيل بالقبول من الدين) اختيار لمذهب أبي يوسف (١٧٢) واذا برئ عند أبي يوسف من الدين فقد برئ من المطالبة أيضاً عنده كما صرح ببراءته

منهما الشارح اه (قوله وقال محمد بن يسمع) أي وعلى قول محمد بن يسمع دين المحال وتنتج مطالبة المحال عليه حينئذ اه (قوله كان للراهن أن يسترد الرهن) سيأتي بعده هذا في كلام الشارح أنه ليس له استرداده والذي يأتي هو قول محمد اه ﴿فرع﴾ قال في السراجية رجل رهن عند رجل بمال فأحال الغريم بالمال على رجل فلم يرتحن منع الرهن حتى يتقبض في أصح الروايتين والمرتن لو أحال غريمه على الرهن لم يكن له منع الرهن اه تنازعان (قوله في المتن وهو أن يجحد الحوالة ويحلف الخ) قال الامام الاسيحي في رجه الله في شرح الطحاوي التوى عند أبي حنيفة رضي الله عنه على وجهين أحدهما أن يموت المحال عليه مقلدا ولا يترك ما لا معينا ولا ديناً ولا كنيلاً على المحال عليه للمحال له والثاني أن يجحد المحال عليه الحوالة ولم يكن المحال له بينة وحلف المحال عليه فقد برئ وعاد المال إلى المحيل ولا يكون التوى عند أبي حنيفة غير هذين الوجهين وعندهما التوى

ثم اختلفوا في البراءة فقال أبو يوسف يبرأ عن الدين والمطالبة وقال محمد يبرأ عن المطالبة فقط ولا يبرأ عن الدين وثمره الخلاف تظهر في موضعين أحدهما إذا برأ المحال المحيل من الدين قال أبو يوسف لا يصح وقال محمد يصح والثاني أن الراهن إذا أحال المرتحن بالدين على انسان كان للراهن أن يسترد الرهن عند أبي يوسف كالأمر براءة من الدين وعند محمد ليس له ذلك كالأمر براءة من الدين كذا ذكره المرغيناني وذكر في الزوائد أن البايع إذا أحال غريمه على المشتري بالدين بطل حقه في حبس المبيع لأن المطالبة سقطت وكذا المرتحن إذا أحال غريمه على الراهن بطل حقه في حبس الرهن لأنه لم يبق له مطالبة بالدين وإن أحال المشتري البايع على رجل لا يبطل حقه في حبس المبيع لأن المطالبة باقية لأن المحال عليه قائم مقام المحيل وكذا إذا أحال الراهن المرتحن على رجل لم يبطل حقه في حبس الرهن لأن المطالبة باقية لأن المحال عليه قائم مقام المحيل فصار مطالبة كالمطالبة المحيل والمكاتب على عكس ما ذكرناه إذا أحال مولا على رجل يعتق كما ثبت في الحوالة وإن كان المحال عليه نائباً عن المكاتب وإذا أحال المولى عليه رجلاً لا يعتق حتى يؤدي بدل الكتابة وإن لم يكن للمولى حق مطالبة المكاتب والفرق أن حرية المكاتب معاقبة براءة ذمته وقد برئت إذا أحال المكاتب مولا على رجل وأما إذا أحال المولى عليه رجلاً لا يبرأ وأما الرهن فله وثيقة فيبقى ما بقيت المطالبة ويبطل إذا بطلت وكذا البيع * علم أن أحالة المكاتب مولا على رجل انما تجوز إذا كان له على الرجل دين أو عين وقيد به لأن المحال يكون نائباً عن المكاتب في القبض فيجوز وإن لم يكن له واحد منهما أو كان له ولم يقيد به لا تجوز لأن الحوالة تنقل الدين إلى ذمة المحال عليه فصارت الواجب على المحال عليه عين الواجب على المحيل حكماً فلو صححت الحوالة تبدل الكتابة ولزم المحال عليه بكون الواجب على المحال عليه غير الواجب على المحيل وذلك لا يجوز كالكتابة وإن كان المولى هو الذي أحال غريمه على المكاتب لا يصح إلا إذا قيد بها بديل الكتابة لأن مطلقها تابع وليس المكاتب من أهله وليس للمولى أن يتصرف فيه حتى يلزمه بخلاف ما إذا تنقل القن عن مولا على ما مر من قبل قال رحمه الله (ولم يرجع المحال على المحيل إلا بالتوى) وقال الشافعي لا يرجع عليه عند التوى لأن ذمة المحيل قد برئت براءة مطلقة بالحوالة فلا يعود الدين إلى ذمته إلا بسبب جديد فصار كالغاصب وغاصب الغاصب إذا اختار المغصوب منه تضمين أحدهما برئت ذمة الآخر ثم بالتوى عنده لا يعود الحق على الآخر كالمولى إذا أعتق عبده المدين فإن الغرماء يخبرون بين تضمين المولى قيمته وبين اتباع المعتقد فإن اختاروا أحدهما وتوى ما عليه لا يرجعون على الآخر ولنا ما روى عن عثمان رضي الله عنه موقوفاً وهو في المحال عليه إذا مات مقلدا يعود الدين إلى ذمة المحيل وقال لا توى على مال امرئ مسلم ولأن المقصود من شرعه الوصول إلى حقه بالاستيفاء من الثاني لا مجرد الوجوب لأن الذم لا يختلف في نفس الوجوب وانما يختلف في الإيفاء فهذا هو المعلوم بين الناس والمعلوم كالشرط فعند فواته يجب الرجوع ألا ترى أن البيع لما كان في العرف يراد به سلامة المبيع للمشتري وسلامته من العيب فعند فواته بالاستحقاق أو بالهلاك قبل القبض أو عند فوات وصف السلامة يرجع المشتري بالعوض لما قلنا وهذا لأن ذمة المحال عليه خلف عن ذمة المحيل بأحالة هو فادات الخلف يرجع بالأصل بخلاف الغاصب وغاصب الغاصب فإن أحدهما ليس بخلف عن الآخر وانما ثبت للمالك اختياراً ابتداءً بمالك المغصوب من أيهما شاء فبدأ خدمته عوضه من غير أن يحيله عليه أحد فلا يرجع على أحد وكذا المولى والمعتق أحدهما ليس بخلف عن الآخر ألا ترى أن حقه ليس بثابت على أحدهما معينا حتى ينقله إلى الآخر فافتراقاً قال رحمه الله (وهو أن يجحد الحوالة ويحلف

على ثلاثة أوجه وجهان ما ذكرناه وجه ثالث وهو أن يحكم الحياكم عليه بالأفلاس كذا في شرح الطحاوي وأما إذا جحد المال وحلف لأنه لا يقدر على مطالبة بعد المين لعدم البينة فقد توى الحق وكذا إذا مات مقلداً لأنه لم يبق له ذمة يتعلق بها الحق ولا تركه فسقط الحق عن المحال عليه فيثبت للمحال له الرجوع على المحيل لأن براءة المحيل كانت براءة نقل واستيفاء لا براءة انقطاع فلما تعذر

الاستيفاء وجب الرجوع وأما تفليس القاضي بالنمو وحال حياة المحتال عليه فذلك بناء على أن تفليس القاضي هل يضح أم لا وبوحيفة لا يرى ذلك وهما يريان أنه يجوز عن استيفاء حقه فصار كدوت المحتال عليه ولا يبي حنيقة (١٧٢)

المال لان مال الله غادر الخ
فلا يعود الى المحيل كما قبل
التفليس بخلاف الموت لانه
يجز لا يتوهم ارتفاعه اه
اتقاني رحمه الله (قوله)
فالقول قول المحتال مع عبثه
على العلم الخ) كذا
في الشافي والمبسوط وفي
شرح الناصحي القول للمحيل
مع العين على العلم لانكاره
عود الدين اه فتح القدير
(قوله ولو مات وترك رهنا
رهنه غيره) أي رهنه غير
المحتال عليه لاجل المحتال
عليه عند المحتال ثم مات
المحال عليه مفلسا يبطل
حكم الدين في الدين فيبطل
الرهن به حينئذ لان الرهن
ولادين محال أما لو فرضنا
العين المرهونة ملك المحتال
عليه لا يأتى ما قاله من موته
مفلسا اه (قوله في المتن)
فان طلب المحتال عليه
المحيل بمأ حال) أي اذا اراد
المحتال عليه بعد قضاء
الدين الى المحتال له أن يرجع
بما أدى على المحيل فقال
المحيل ليس لك أن ترجع
علي لا في كنت أحلت عليك
بدين فقال المحتال عليه بل
لي أن أرجع عليك لا قبل
قول المحيل والقول قول
المحتال عليه نص عليه في
كتاب الكفالة اه اتقاني
(قوله بل يكون القول

ولا يئنه له عليه أو يموت مفلسا) أي التوى يكون بأحد هذين الامرين إما أن يجحد المحتال عليه
الحالة ويحلف ولا يئنه للمحيل ولا للمحتال أو يموت مفلسا بان لم يترك ما لا عين ولا يد ولا كفة لا لان
التوى هو العجز عن الوصول الى حقه ويتحقق ذلك بهما وهذا اذا ثبت موته مقلبا بصادقه ما فان
اختلافه فقال المحتال مات مفلسا أو أنكر الآخر فالقول قول المحتال مع عبثه على العلم لمسكه بالاصل
وهو العسرة كما اذا كان هو حيا وأنكر اليسر ولو قلنا له الحيا كم بعد ما حبسه لا يكون توى عند أي حنيقة
وقالاهو توى لانه عجز عن الاخذ منه بة فليس الحيا كم وقطعه عن ملازمته عندهم ما فصار كعجزه عن
الاستيفاء بالخود أو عونه مفلسا ولا يبي حنيقة أن الدين ثابت في ذمته وتعد ذرا الاستيفاء لا يوجب
الرجوع ألا ترى أنه لو تعد ذر بغيبة المحتال عليه لا يرجع على المحيل وهذا لان التوى في الدين لا يتصور
حقيقة وانما يكون ذلك حكما بخروج محله من أن يكون محلا لالحال لوجوب موته معذما أو بالخود
ولان الافلاس لا يتحقق عنده لان المال غادر الخ عسى الانسان فقيرا ويصبح غنيا وبالعكس ويحتمل أنه
استغنى في مجلس الحكم بان مات له قريب يرثه وهذا نظير ما لو جرح الخصم الشهود وأقام البينة عليه
لا يقبل لانه لا يتحقق لاحتمال توبته في المجلس وقيل هذه المسئلة مبنية على تحقق الافلاس وعدمه
ولو مات وترك رهنا رهنه غيره بأمره أو بغير أمره وسلطه على البيع أو لم يسلطه يعود الدين الى ذمة المحيل
لان عقد الرهن لم يبق بعد موت المحتال عليه مفلسا اذ لم يبق الدين عليه والرهن بدين ولادين محال
بخلاف ما اذا ترك كفيلا بأمره أو بغير أمره لان الكفيل خلف عنه قال رحمه الله (فان طلب المحتال
عليه المحيل بما أحال فقال المحيل أحلت بدين لي عليك ضمن المحيل مثل الدين) أي لان سبب الرجوع قد
تحقق باقرار المحيل وهو قضاء دينه بأمره فيرجع عليه ولا يقبل قوله في دعوى الدين على المحال عليه لانه
ينكره المحال عليه والقول قول المنكر ولا يكون الاقرار من المحال عليه بالخوالة اقرارا منه بالدين عليه
ولا بقوله الخوالة يدل على أن عليه دين لان الخوالة قد تكون مطلقة وقد تكون مقيدة بما على المحال عليه
بل حقيقة الخوالة أن تكون مطلقة اذا المقيدة بوقيل بالاداء والقبض فلم يوجد ما يدل على وجوب الدين
عليه فيضمن له قال رحمه الله (وان قال المحيل للمحتال أحلت لك تقبضه لي فقال المحتال أحلتني بدين لي
عليك فالقول للمحيل) لان المحتال يدعي عليه الدين وهو ينكر فالقول للمتنكر ولا يكون الاقرار من المحيل
بالخوالة وإقامه عليه اقرارا منه بان عليه دين للمحتال لان لفظ الخوالة يستعمل بمعنى الوكالة قال محمد اذا
صار مال المضاربة دوننا وامتنع المضارب عن التقاضي وليس في المال ربح لا يجبر ولكن يقال له أحل رب
المال أي وكلة فاذا أحتمل التوكيل لا يحكم له بالدين على المحيل بدعواه بل يكون القول للمحيل اذ هو متمسك
بالاصل لان فراغ الذم هو الاصل ولولم يدع الدين على المحيل بان ادعى أن الدين الذي على المحال عليه ممن
مال له باعه المحيل له بطريق الوكالة منه وادعى أن الدين له ووصل اليه عين حقه لا يقبل قوله أيضا اذا أنكر
المحيل ذلك لانه لما أقر له بالبداء انصرف له في ذلك المال والانسان يتصرف ظاهر النفسه لا يسمع أن ذلك
المال كان له بلا يئنه فيكون القول للمحيل قال رحمه الله (ولو أحال بعاله عند زيد ودعيه صحت فان هلك
برئ) أي اذا كان له ودعيه دراهم عند شخص فأحال بها غيره صحت الخوالة لانه أقر على التسليم فكانت
أولى بالخوالة فان هلك برئ لان الخوالة مقيدة بها اذ لم يتم التسليم الامتها بخلاف ما اذا كانت مقيدة
بالمغصوب حيث لا يبرأ به لانه يخلف القيمة والفوات الى خلف كلافوات حتى لو هلك المغصوب
لا الى خلف بان استحقق بالبينة صار مثل الودعيه وقد تكون مقيدة بالدين فاصله أن الخوالة على نوعين
مقيدة ومطلقة فالمقيدة أن يقيدها بدين له عليه أو بعين في يده ودعيه أو غصب أو نحوه والمطلقة أن يرسل

للمحيل) أي مع العين لانه يشكر الدين اه غاية (قوله ولولم يدع) أي المحتال اه (قوله لانه أقر على التسليم) أي تيسر ما يقضي به
وحضوره بخلاف الدين عليه اه فتح

(قوله وقد استغنى عنه) أي بعونه فان لم يترك وفاء رجع الطالب على المحيل الى أجله (قوله ولو أبرأ المحتمل المحال عليه عن الدين أخذ المحيل ما كان عنده من الدين والعين) وقد قالوا لو أحال رجل رجلا بمال ثم أن المحيل نقد المال الذي أحاله به جاز ولم يكن متبرعا فيما تقدم من ذلك وذلك لان الدين في ذمة المحيل عندنا من طريق (١٧٤) الحكم وان برئ في الظاهر ألا ترى أن الرجوع مترقب فهو بالقضاء يقصد

أن يسقط عن نفسه حق الرجوع فلم يكن بذلك متبرعا كالوارث اذا قضى دين الميت وليس كذلك الاجنبي اذا أدى المال لانه لا يسقط عن نفسه حقا بالاداء فكان متبرعا قالوا فان كان الذي عليه المال أحال صاحب المال على رجل له عليه ألف درهم حوالته مطلقة ولم يقل أحلته عليك على عليك أو على أن تعطيه مالي عليك فقبل فعلى المحال عليه ألفان ألف المحيل وألف المحتمل ولكل واحد منهما أن يطالب بالف لان صحة الحوالة لا تنفك على ثبوت مال المحال عليه فلم تتعلق الحوالة بنفس الدين لانه لم يعلة هابه وانما علقته بذمته فبقى الدين بحاله وصار كماله أحاله عليه بالف وفي يده ألف ودبعة فان الحوالة لا تتعلق بها وله مطالبة بها كذلك اذا كان عليه دين قالوا اذا أدى المحال عليه المال أو وهبه له المحتمل أو تصدق به عليه أو مات فورته المحال عليه رجع في جميع ذلك على المحيل وذلك لانه ملك ما في ذمته بهذه الاسباب فاذا ثبت له الرجوع في الاداء فكذلك في جميع الاسباب التي يملكها ولو أبرأ المحتمل المحال عليه من المال برئ ولا يرجع على المحيل لان البراءة اسقاط وليست بتعليق ومتى لم يملك ما في ذمته لم يرجع اه أقطع رجعه الله (قوله وكذا اذا ورثه) أي ولو لم يكن للمحيل على المحتمل عليه دين ينكس الجواب في الهبة والارث يرجع وفي الابراء لا يرجع اه كافي (قوله ولو مات المحيل) أي وعليه ديون قبل أن يقبض المحتمل دين الحوالة فالدين الذي عليه للمحيل بين غرماء المحيل والمحتمل اسوة الغرماء فيه اه معراج الدراية

الحوالة ارسال ولا يقيد بها بشي مما عنده من ودبعة أو غصب أو دين أو يحيله على رجل ليس له عليه شيء مما ذكرنا والكل جائز لما ذكرنا من المعنى ولان كلا منهما يتضمن أمورا جائزة عند الانفراد وهي تبرع المحتمل عليه بالالتزام في ذمته والايفاء وتوكيل المحتمل بقبض الدين أو العين من المحال عليه وأمر المحال عليه بتسليم ما عنده من العين أو الدين الى المحتمل فكذلك عند الاجتماع وحكم المطلق أن لا ينقطع حق المحيل من الدين والعين ولكن المحال عليه يرجع على المحيل بعد أدائه اذا كانت الحوالة برضاه وليس له أن يرجع قبل الاداء ولكن له أن يلزمه اذا لزم ويحبسه اذا حبس حتى يخلصه كافي الكفالة ولو كان الدين مؤجلا على المحيل كان مؤجلا في حق المحال عليه كافي الكفالة ثم لا يصير الدين حالا بعوت المحيل لانه خرج من بين وصار أجنيا وبطل عوت المحال عليه لان الاجل كان حقه وقد استغنى عنه وحكم المقيمة أن لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه بما أحال به من دين أو عين لانه تعالى به حق المحتمل على مال الرهن ولو ملك المطلبية بطل حق المحتمل ولا يملك ذلك كما لا يملك ابطال حق المرتب بخلاف المطلقة لانه لا يتعلق لحقه بالعين أو الدين بل يتعلق بذمة المحال عليه فلا تبطل الحوالة بأخذ ما عنده أو عليه من العين والدين ألا ترى أنها لا تبطل بهلاكه فكذلك بأخذه بخلاف المقيمة لانه فيها لم يلزم الاداء الا منها فلما أخذ له بطل حقه ولو أبرأ المحتمل المحال عليه عن الدين أخذ المحيل ما كان عنده من الدين والعين كالمرتب اذا أبرأ الرهن يرجع برهنه ولو وهبه له ليس له أن يرجع به يدينه لان المحال عليه ملكه بالهبة وكذا اذا ورثه ولو مات المحيل كان الدين والعين المحتمل بهما بين غرمائه بالخصص وقال زفر رجحه الله يختص به المحتمل وهو القياس لان حقه متعلق به حال حياته والمحيل كاجنبي عنه حتى لا يكون له أخذه فصار كالشارح عن ملكه فلا تقضى به ديونه ولئن كان ملكه ثابتا فتعلق حق المحتمل سابق فصار كالمهر من يختص به المرتب فتعلق حقه به سابقا على حقهم وكدين الصحة بقدم على دين المرض لما قلنا ولنا أن هذا مال المحيل لم يثبت تغيره عليه يدا الاستيفاء فيكون بين غرمائه وهذا لانه لم يملك المحتمل لان تسليم الدين من غير من عليه الدين باطل لكن بالحوالة وجب للمحتمل في ذمة المحال عليه دين مع بقا دين المحيل ولهذا الوتوى ما على المحال عليه يتوى على المحيل ولم يثبت عليه أيضا الاستيفاء لان ثبوت اليد على ما في ذمة الغير لا يتصور وانما يمكن للمحيل أن يأخذه لان المحال عليه لم يقبل الحوالة الا ليملك ما في ذمته أو ليوفى من ذلك المال فلما أخذ يفوت الرضا فتبطل الحوالة بخلاف الرهن لانه ثبت عليه يدا الاستيفاء ولهذا الوتوى يملك على المرتب فكان هو أحق به وكان ينبغي للمحتمل أن لا يكون له حق المزاجعة لان دينه تحول الى ذمة المحال عليه فلا يراحم غرماء المحيل كما اذا كانت الحوالة مطلقة وانما يثبت له حق المزاجعة لان الحوالة كانت مقيدة بذلك المال فاذا أخذ منه ذلك المال فأتى الرضا بالحوالة فتبطل الحوالة فيه وود الدين الى ذمة المحيل على ما كان قبل الحوالة واستوضح ذلك بمسئلة الودبعة والغصب ونحوهما بخلاف ما اذا كانت مطلقة لان المحيل بالحوالة برئ من دين المحتمل وصار المحتمل من غرماء المحال عليه فلم يتعلق له حق بماله فلا يراحم غرماء المحيل واذا قسم الدين بين غرماء المحيل لا يرجع المحتمل على المحيل بحصة الغرماء لان الدين الذي على المحال عليه صار مستحقا فليس له أن يرجع عليه به كالأستحقاق الرهن ولا بما بقي من دينه بعد المحاصة لانه صار ناويا فلا يرجع به على أحد

الاداء فكذلك في جميع الاسباب التي يملكها ولو أبرأ المحتمل المحال عليه من المال برئ ولا يرجع على المحيل لان البراءة اسقاط وليست بتعليق ومتى لم يملك ما في ذمته لم يرجع اه أقطع رجعه الله (قوله وكذا اذا ورثه) أي ولو لم يكن للمحيل على المحتمل عليه دين ينكس الجواب في الهبة والارث يرجع وفي الابراء لا يرجع اه كافي (قوله ولو مات المحيل) أي وعليه ديون قبل أن يقبض المحتمل دين الحوالة فالدين الذي عليه للمحيل بين غرماء المحيل والمحتمل اسوة الغرماء فيه اه معراج الدراية

(قوله في المتن وكره السفاتيح) قال في الفتاوى الصغرى السفيح ان كان مشروطا في القرض فهو حرام والقرض بهذا الشرط فاسد وان لم يكن مشروطا جاز وقال في الوقعات رجل أقرض رجلا مالا على أن يكتب له به إلى بلد كذا فإنه لا يجوز وان أقرضه بغير شرط وكتب كان هذا جائزا وكذلك اذا قال اكتب لي سفيحة إلى موضع كذا على أن أعطيك هذا فلا خير فيه وقال في كفاية البيهقي وسفاتيح التجار مكرهه لأنه ينفع باسقاط خطر الطريق إلا أن يقرض مطلقا ثم يكتب السفيحة فلا بأس هكذا روى عن ابن عباس والأصل فيه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قرض جر نفعا ولأنه تعليق دراهم بدرهم فاذا شرط في بلد أن يدفع في بلد آخر صار في حكم التأجيل والتأجيل في الاعيان لا يصح وهذا هو القياس اذا لم يشترط الدفع في بلد آخر الا أنهم استحسنوا وقالوا لا يكره كذا في شرح الاقطع ثم قيل انما ورد القدوري هذه المسئلة في هذا الباب لانهم معاملة في الديون كالكفالة والحوالة ونقل عن الامام فور الدين الكردي أنه قال انما ورد هذا في الحوالة لأنه حال الخطر المتوقع على المستقرض في معنى الحوالة اه اتقاني رحمه الله (قوله وقيل اذا لم تكن المنفعة مشروطة فلا بأس به) قال السكال ثم قالوا انما يحل ذلك عند عدم الشرط اذا لم يكن فيه عرف ظاهر فان كان يعرف أن ذلك يفعل لذلك فلا والذي يحكى عن أبي حنيفة أنه لم يقعد في ظل جدار غيره فلا أصل له لأن ذلك لا يكون انتفاعا بل ككيف ولم يكن مشروطا (١٧٥) ولا متعارفا وانما ورد هذه المسئلة

هنا لانهم معاملة في الديون كالكفالة والحوالة والله أعلم اه وكتب على قوله فلا بأس به ما نصه روى عن ابن عباس ذلك ألا ترى أنه لو قضاه أحسن معاملة عليه لا يكره اذا لم يكن مشروطا اه كمال

قال رحمه الله (وكره السفاتيح) وهو قرض استقاده المقرض أمن خطر الطريق وصورته أن يقرض ماله اذا خاف عليه القوات ليرد عليه في موضع الامن وهو تعريض بسفته وسفته شيء تحكم وسمى هذا القرض به لاحكام امره وانما كرم لما روى انه عليه الصلاة والسلام نهى عن قرض جر نفعا وقيل اذا لم تكن المنفعة مشروطة فلا بأس به والله أعلم

كتاب القضاء

القضاء في اللغة الاتقان والاحكام قال قائلهم

وعليهما مسرودتان قضاهما * داودا وصنع السوابغ تبع

أى أحكم صنعتهما وهو في الشرع فصل الخصومات وأنه أفضل العبادات وبه أمر كل نبي قال الله تعالى انا أنزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون وقال تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم والحاكم نائب عن الله في أرضه في انصاف المظلوم من الظالم وايصال الحق الى المستحق ودفع الظلم عن العباد والامر بالمعروف والنهي عن المنكر كل ذلك من الصفات الحميدة يعمل اليها كل لبيب ومحاسبه لا تخفى على أحد ولو لا ذلك لفسد البلاد والعباد قال رحمه الله (أهل أهل الشهادة) لأن كل واحد منهم ما ثبت به الولاية على الغير الشاهد بشهادته يلزم الحاكم أن يحكم والحاكم يحكمه يلزم الخصم ومن صلح شاهدا صلح قاضيا فكانا من باب واحد فبستفاد أحدهما من الآخر قال رحمه الله (والفاسق أهل القضاء) كما هو أهل للشهادة لأنه لا ينبغي أن يقبلد ولو كان القاضي عدلا ففسق بأخذ الرشوة لا يتعزل ويستحق العزل واذا أخذ القضاء بالرشوة لا يصير قاضيا وكذا لو قضى بالرشوة لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى وقال بعض مشايخنا اذا قلد الفاسق ابتداء يصح ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق لأن المقلد اعتمد

كتاب القضاء

(قوله في الشعر أو صنع) امرأة صناع الدين أى حاذقة ماهرة بعمل الدين وامرأتان صناعان ونسوة صنع مثل قذال وقذل ورجل صنع الدين وصنع الدين أيضا بالكسر أى صانع حاذق وكذلك رجل صنع بالتحريك قال أبو ذؤيب

وعليهما مسرودتان قضاهما * داودا وصنع السوابغ تبع هذه رواية الأصمعي وروى أو صنع السوابغ اه صحاح (قوله في المتن أهل أهل الشهادة) قال القدوري في مختصره ولا تصح ولاية القاضي حتى تجتمع في المولى شرائط الشهادة قال الاتقاني وانما شرط شرائط الشهادة من الحرية والعقل والبلوغ والعدالة في القضاء لان القضاء ولاية كالشهادة بل القضاء ولاية عامة فلما اشترط في الشهادة من الصفات كان اشترطها في القضاء أولى اه (قوله في المتن والفاسق أهل للقضاء) كما هو أهل للشهادة لأنه لا ينبغي أن يقبلد أى كافي حكم الشهادة فإنه لا ينبغي أن يقبل القاضي شهادته ولو قبل جازت عندنا اه هداية (قوله وكذا لو قضى بالرشوة لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى) ذكرنا الاستروشي اذا ارتشى والقاضي وحكم لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى وينفذ فيما لم يرتشى وذكرنا الامام البزدي أنه ينفذ فيما ارتشى أيضا وقال بعض مشايخنا ان قضاياء فيما ارتشى وفيما لم يرتشى باطله وبالقول الاول أخذ شمس الأئمة السرخسي وهو اختيار انصاف وان ارتشى ولدا القاضي أو كاتبه أو بعض أعوانه فان كان بأمره ورضاه فهو وما لو ارتشى القاضي سواء ويكون قضاؤه مردودا وان كان بغير علم القاضي نفذ وكان على المرتشى رد ما قبض الى هنا لفظ الفصول اه اتقاني (قوله وقال بعض مشايخنا اذا قلد الفاسق ابتداء يصح) قال في خلاصة الفتاوى واختلفت الروايات في تقليد الفاسق القضاء والاصح أنه يصح التقليد ولا ينعزل بالفسق ثم قال في المحيط يستحق العزل عند عامة المشايخ الا اذا شرط في التقليد أنه متى جار ينعزل وعند الشافعي ينعزل والا امام بصير اماما مع الفسقى ولا ينعزل بالفسق بلا

خلاف الهمزة المفعولة اه غايه (قوله في المتن والفاسق يصلح مقبلا) قال أبو العباس الشافعي في آخر أدب القاضي من كتاب الاجتناس الفقيه اذا كان فاسقا هل يجوز (١٧٦) أن يستفتى منه فيه كلام بين المشايخ ذكر محمد بن شجاع في نوادر سمعت

عبد الله فلم يكن راضيا بدونها كالعبد المأذون له في التجارة اذا أبقى ينزل ولو أذن له وهو أبقى جاز وعن علماءنا الثلاثة في النوادر ان الفاسق لا يصلح قاضيا او الظاهر هو الاول وأن العبد له شرط الاولوية وكذا الاجتهاد حتى لو ولي الجاهل القضاء صح وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز الا أن يكون عالما عدلا مأمورا بقوله عليه الصلاة والسلام القضاء ثلاثة قاضيان في النار وقاض في الجنة الحديث ففسر القاضيين أحدهما جاهل يحكم بالجهل والاخر عالِم يحكم بالعلم والاثالث العالم العادل يحكم بعلمه ولا نه مأمور بالقضاء بالحق والجاهل عاجز عنه ولا يكلف الله نفسه الا وسعها والفاسق غير مأمور فلا يجوز ولنا أن المقصود اتصال الحق الى المستحق وهو يحصل بالعمل بفتوى غيره ولا حجة له في الحديث فانه عليه الصلاة والسلام سمع قاضيا ولولا أن التولية تصح لما سمع قاضيا ولأن الصحابة رضي الله عنهم أجازوا حكم من تغلب من الامر او جازوا وقدا ومنه الاعمال واولا خلفه ولولا أن توليته صحيحة لما فعلوا ذلك قال رحمه الله (والفاسق يصلح مقبلا وقيل لا) يصلح لانه من أمور المسلمين وخبره غير مقبول في الديانات وجه الاول أنه يجتهد اذا رتبته الى الخطا قال رحمه الله (ولا ينبغي للقاضي أن يكون فظا غليظا جبارا عنيدا وينبغي أن يكون موثوقا به في عفافه وعقله وصلاحه وفهمه وعلمه بالسنة والا تاروجوه الفقه) ويكون شديدا من غير عنف لينامن غير ضعف لان المقصود من القضاء دفع الفساد وایصال الحقوق الى مستحقها وایقامة حقوق الله تعالى وهو من أهم أمور المسلمين وأقوى واجب عليهم فكل من كان أعرف وأقدر وأوجه وأهيب وأصبر على ما أصابه من الناس كان أولى وينبغي للمولى أن يتفحص في ذلك ويولي من هو أولى لقوله عليه الصلاة والسلام من قلدا ناسا ناعلا وفي رعيته من هو أولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين قال رحمه الله (والاجتهاد شرط الاولوية) لانه أقدر على الحكم بالحق واختلافوا في حد الاجتهاد قيل أن يعلم الكتاب بعانيه والسنة بطرقها والمراد بعلمهما علم ما يتعلق به الاحكام منهما ومعرفة الاجماع والقياس ليتمكن استخراج الاحكام الشرعية واستنباطها من أدلتها بطريقها ولا يشترط معرفة الفروع التي استخراجها المجتهدون برأرائهم وقال بعضهم يشترط مع هذا أن يكون عارفا بالفروع المبنية على اجتهاد السلف كأي حنيفة والشافعي وغيرهما من المجتهدين وقال بعضهم من حفظ المبسوط ومنه المذهب المتقدم فهو من أهل الاجتهاد والاشبه أن يقال أن يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار وأصحاب فقه له معرفة بالحديث كيلا يشغل بالقياس في المنصوص عليه وقيل لا بد مع هذا من أن يكون صاحب فريضة يعرف بها عادات الناس لان كثيرا من الاحكام تنبئ عليها قال رحمه الله (والمفتي ينبغي أن يكون هكذا) يعني في العلم والامانة لانه أقدر على المقصود وأبعد من الغلط وأكثر اهتماما في دينه عند تجديد الاحداث فيكون كلامه أو ذوقه يعتمد عليه قال رحمه الله (وكره التقلد ان خاف الحيف) أي الظلم كيلا يكون ذريعا الى مباشرة الظلم قال رحمه الله (وان أمنه لا) أي ان أمن الظلم لا يكره التقلد لان كبار الصحابة رضي الله عنهم والتابعين وعلماءهم تقلدوه وكفى بهم قدوة قال رحمه الله (ولا يسأل القضاء) لقوله صلى الله عليه وسلم من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك من السماء يستدده ولان من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن أجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم وكره بعض المشايخ أن يدخل في القضاء مختارا لقوله عليه الصلاة والسلام من ابتلى بالقضاء فكأنما يحبح بغير سكين ولان القضاء يليق لا يمكنه الا باعوان وقد لا يعينه عليه أحد وكان في بني اسرائيل من فرغ نفسه للعبادة ستين سنة ترجى له النبوة فاذا اشغل بالقضاء

بشر بن غياث يقول أرى الجرج على ثلاثة فقيه فاسق وطبيب جاهل ومكارم فاسق وقال محمد بن شجاع في قول نفسه لا بأس بأن يستفتى من الفقيه الفاسق لانه يكره أن يخطئه الفقهاء فيجيب بما هو الصواب اه غايه (قوله في المتن ولا ينبغي لعاذو أن يكون فظا) أي جافيا اه (قوله غليظا) أي شديدا في الكلام اه (قوله جبارا) أي متفاحشا اه (قوله جبارا) أي متكبيرا مقبلا بغضب اه (قوله عنيدا) أي معاندا عنيفا لان المقصود من القضاء دفع الفساد وهذه الاشياء بعينها فساد اه عتي (قوله والمراد بعلمهما علم ما يتعلق به الاحكام) أي ولا يشترط أن يكون عالما بجميع ما في الكتاب والسنة اه اتفاقا (قوله كيلا يشغل بالقياس في المنصوص الخ) والتفاوت بين العبارتين أن الاول مشتق بالحديث وله فقه أيضا والثاني مشتق بالفقه وله بصيرة بالحديث أيضا اه غايه (قوله وكل الى نفسه) على صيغة المبني للمفعول بتخفيف المكاف أي فوض أمره اليها ومن فوض أمره الى نفسه كان محذولا غير مرشد للصواب لكون النفس أمارا بالسوء اه اتفاقا (قوله) أي سوا

وقد لا يعينه عليه أحد) قال في الهداية والصحيح أن الدخول فيه رخصة طمعا في اقامة العدل والترك عزمة فلهذا يخطئ ظنه فلا يوفق له اه

(قوله في المتن ويجوز تقلد القضاء من السلطان العادل والجار) قال الاتقاني وإن كان قاضي الخوارج من أهل الجماعة والعادل فقضى ثم رفع إلى قاضي العدل أمضاه ويجوز قضاؤه بين الناس لأن شريحاً كان يتولى القضاء من جهة معاوية ومن بعده من بني أمية وكانوا خارجين على إمام الحق ولم يروعن أحد من أهل الحق أنه فسح قضاءه وكذلك غير (١٧٧) شريح تولى لهم ولم يروعن أحد من الأئمة نقض قضائهم فدل على أن القاضي إذا كان عادلاً في نفسه لا يعتبر فسق من ولده اه (قوله وكان الحق بيد علي الخ) قال في الهداية والحق كان بيد علي في نوبته قال الاتقاني رحمه الله وانما قيد بنو بنيته احترازاً عن قول الروافض لعنهم الله فانهم يقولون فالحق كان بيد علي رضي الله عنه في نوبة أبي بكر وعمر وعثمان رضي الله تعالى عنهم وهذا مخالف لقول الله تعالى ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ما تولى ونصله جهنم وهذا لأن خلافهم انعتد عليهم اجماع الصحابة ولم يروعن علي خلاف ذلك اه (قوله الا اذا كان) هذا استثناء من قوله يجوز تقلد القضاء من السلطان الجائر اه

أيسوا من نبوته فهذا دليل على أنه مسقطه وان تعين هو للقضاء بأن لم يكن أحد غيره يصلح للقضاء وجب عليه الطلب صيانة لحقوق المسلمين ودفع الظلم الظالمين قال رحمه الله (ويجوز تقلد القضاء من السلطان العادل والجار ومن أهل البغي) لأن الصحابة رضي الله تعالى عنهم تقلدوه من معاوية في نوبة علي وكان الحق بيد علي يومئذ وقد قال علي رضي الله تعالى عنه اخواتنا بغوا علينا وعلماؤنا السلف تقلدوه من الحجاج الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بالحق فيحرم عليه لأنه يحصل به ضرر للمسلمين قال رحمه الله (فإن تقلد بسأل ديوان قاض قبسه وهو الخرافات التي فيها السجلات وانحاضر وغيرهما) من الصكوك ونصب الاوصياء والقيام في الاوقاف وتقدير النفقات المفروضات لأن الديوان وضع ليكون حجة عند الحاجة فيجعل في يده من له ولاية القضاء وهذا لأن القاضي يكتب نسختين احدهما في يده لاحتمال الحاجة اليها والاخرى في يد الخصم وما في يد الخصم لا يؤمن عليه التغيير بزيادة أو نقصان ثم إن كانت الاوراق من بيت المال فلا إشكال في وجوب تسليمها إلى الجديدي لانها إنما كانت في يد الاول لعمله وقد انتقل العمل إلى غيره فلا معنى لتركها في يده بعد العزل وكذا اذا كانت من مال الخصوم أو من مال القاضي في الصحيح لأن الخصوم وضعوها في يده لعمله وكذا القاضي يحمل على أنه عمل ذلك تدبيراً لا تملاً فيجب تسليمه اليه ويثبت عدلين من أمثاله أو عدلاً واحداً والاثنان أحوط ليقبض ديوان المعزول بحضوره أو بحضور أمينه ويسألان المعزول شيئاً مما كان فيه من نسخ السجلات بحجته عانه في خريطة وما كان من نصب الاوصياء في أموال البيتاني بحجته عانه في خريطة أخرى وما كان من تقدير النفقات بحجته عانه في خريطة أخرى وما كان من نسخ قيام الاوقاف بحجته عانه في خريطة وما كان من الصكوك بحجته عانه في خريطة لأن هذه النسخ كانت تحت تصرف المعزول فلا تشبه عليه متى احتاج إلى نسختها فأما الجديدي فيشبهه عليه لو لم يجمع كل نوع منها في خريطة وبالجملة يسهل وانما يسأل لأن المعزول وإن لم يكن بحجته عانه ليشكف عنهم ما أشكل عليهم ما فاذا قبض ذلك ختموا عليه محرراً عن التغيير قال رحمه الله (ونظر في حال المحبوسين) أي القاضي الجديدي نظر في حالهم لأنه نصب ناظر للمسلمين (فإن أقر بحق أو قامت عليه المينة ألزمه) لأن كل واحد منهم ما حجة ملزمة ولا يقبل قول المعزول لأنه بالعزل التحق بواحد من الرعايا وشهادة الفرد غير مقبولة لاسيما على فعل نفسه وإن لم تقم عليه بينة وادعى أنه حبس ظلماً لا يجهل بتخليته قال رحمه الله (والانادي عليه) أي إن لم تقم عليه بينة ولم يقر هو نادى عليه لأن المعزول حبسه بحق ظاهر فلا يجهل بتخليته حتى ينكشف له حاله وينادي عليه اذا جلس للحكم أياماً ويقول المنادي من كان يطالب فلان بن فلان القلائي المحبوس بحق فليحضر حتى يجمع بينه وبينه فان حضر والا فحق رأي القاضي أن يطلقه فان حضره خصمه فيها والا أخذ منه كفلاً وأطلقه والفرق لأبي حنيفة رحمه الله بين هذه المسئلة وبين قسمة التركة حيث لا يؤخذ من الورثة كفيل اذا أرادوا القسمة عنده أن الورثة تظهر حقهم في المال فلا يؤخر إلى التكفيل لاحتمال أن يكون له وارث غيرهم لأن ذلك موهوم فلا يعارض المحقق وفي هذه المسئلة أن القاضي لا يحبس الا بحق ظاهر واحتمال حبسه بغير حق موهوم فلا يعارض الظاهر وهذا لأن فعل المسلم يحمل على الصلاح ما أمكن فيحمل عليه حتى يظهر خلافه قال رحمه الله (وعمل في الودائع وغلات الوقف بينة أو اقرار) لأن كل واحد منهم ما حجة والمراد بالاقرار اقرار من في يده لأن اقرار الاجنبي غير مقبول قال رحمه الله (ولم يعمل بقول المعزول الا أن يقر ذل بدأنه سلمها اليه فيقبل

(٣٣ - رابعاً رابع) اه قال الاتقاني وإن قال لا كفيل لي أولاً أعطى كفلاً فإنه لا يجب على شيء نادى عليه شهر ثم تركه لأن الحق لم يثبت عليه فلا يلزمه إعطاء الكفيل وانما طالبه القاضي به احتياطاً فان لم يعطه وجب عليه أن يحطاط بنوع آخر فينادى عليه شهر فاذا مضى المدة أطلقه اه

قوله فيهما) أي في الودائع وغلات الوقف لأن المعزول المتحقق بالرعايا فلا يقبل قوله إلا أن يعترف الذي في يده أن الثاني سلمها إليه فقبل قوله فيهما لأنه ثبت باقراره أنه مودع القاضي ويد المودع كبده فصار كأنه في يده فيقبل اقراره به إلا إذا بدأ صاحب المسجد بالقرار لغيره ثم أقر بتسليم القاضي إليه والقاضي يقتر به لغيره فيسلم إلى المقر له الأول ويضمن المقر قيمته للقاضي باقراره الثاني والمسئلة على أربعة أوجه أما أن يقرباًه سلمه إليه بعدما أقر به لغيره أو ينكر التسليم فيحكم بما ذكرناه أو يقرباً المعزول سلمه إليه ثم يقربه لغيره فلا يقبل اقراره الثاني لأنه لما أقر بأن القاضي سلمه إليه صار كأنه في يد القاضي والرابع أن يقرباً القاضي سلمه إليه ثم يقول لأدري لمن هو حكمه ظاهر قال رحمه الله (ويقتضى في المسجد) وكذلك السلطان يجلس للحكم في المسجد وقال الشافعي يكره ذلك لأنه يحضره المشرك وهو نجس لقوله تعالى إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام والحائض وهي ممنوعة من دخوله ولأنه في ذلك كراهة تعالى ولا إقامة الصلوات للخصوصات والمنازعات ولنا قوله عليه الصلاة والسلام اغتلبت المساجد إذ كراه الله تعالى والحكم وكان عليه الصلاة والسلام يفصل الخصومات في معتكفه والخلفاء الراشدون كانوا يجلسون للحكم في المساجد ولأن الحكم عبادة على ما بينا من قبل فيجوز إقامتها في المسجد كالصلوات ولأنه أبعد من الاشتباه على الغرباء وبعض المقيمين وأبعد من التهمة في حق القاضي فكان أولى وليس في بدن المشرك نجاسة تلوث وإنما ذلك في اعتقاده والحائض تحب برجالها لأنها مسلمة فيخرج لها القاضي كما إذا كانت الخصومة على الدابة فالجامع أولى لأنه أشهر وأسهل على الناس إذا كان وسط البلدة وان كان في الطرف يختار مسجداً آخر في وسط البلدة قال رحمه الله (أو في داره) لأن الحكم عبادة لا تختص بمكان بخلاف أن يحكم في منزله فإذا جلس للحكم في منزله أذن للناس بالدخول عليه ولا يمنع أحد من الدخول فيه ويجلس معه من كان يجلس معه في المسجد ثم لا بأس به إذا كان مكان منزله في وسط البلدة والأقلية بعد في وسط البلدة لما ذكرنا فخالصه أن الجلوس للحكم أن يكون في أشهر الأماكن ومجامع الناس وليس فيه حاجب ولا بواب أفضل ولو حكم في أي مكان شاء عجز ولا يحكم وهو ماش لأن الرأي لا يجمع وهو مشغول بالمشي ولا بأس بأن يقعد في الطريق إذا كان لا يضيق على المارة ولا بأس بأن يحكم وهو متكئ لأنه يزيد في الرأي زيادة راحة فيه ولكن القضاء مستوى للجلوس أفضل تعظيماً لأمر القضاء وعن أبي يوسف رحمه الله أنه استفتي عن مسألة وهو متكئ فاستوى وارتدى ونعم ثم أفتى تعظيماً لأمر القضاة ولا تجلس وحده لأنه يورث التهمة وإن جلس وحده فلا بأس به أن كان عالماً بالقضاء وإن كان جاهلاً لا يستحب له أن يقدمه أهل العلم لأنه لا يؤمن من أن يزل عن الحق فينبهونه عليه ويجلسهم قريباً منه للمشورة وكذا أهل العدل للشهادة عليه بخلاف الاعوان حيث يكونون بعيداً عنه لأنهم لأجل الهيبة وهو أهيب قال رحمه الله (ويؤدبه الأمان قريبه أو بمن جرت عادته بذلك) لأن الأولى صلة الرحم وردّها قطيعة وهي حرام والمراد بالقريب هو ذو الرحم المحرم والثانية ليست لأجل القضاء وإنما هي جري على العادة فلا يتوهم فيهم الرشوة حتى لو كان لهما خصومة أو زاد على العادة برده لأنه لأجل القضاء فيكون من الغلول كغيرهما من الهدايا لأنها تشبه الرشوة فيمنع عنها وعلى هذا كانت الصحابة رضي الله عنهم قال رحمه الله (ودعوة خاصة) أي لا يحضر دعوة خاصة لأنهم جعلت لأجله والخاصة هي التي لا يتخذها صاحبها ولا حضور القاضي وقيل كل دعوة اتخذت في غير العرس والختان فهي خاصة ولم يفصل في الخاصة بين أن تكون من القريب أو من غيره وبين ما إذا جرت له عادته أم لم تجر وقال في الكافي وإن كان بين القاضي وبين المضيف قرابة ينجبه في الدعوة الخاصة لأن إجابة دعونه صلة الرحم قال كذا ذكره الخصاصي بلا خلاف وذكر الطحاوي أن علي بن أبي حمزة وأبي يوسف لا يجيب الدعوة الخاصة للقريب وعلى قول محمد رحمه الله لا يجيب وإنما لا يجيب الدعوة الخاصة للأجنبي إذ لم يتخذ الدعوة لأجله قبل القضاء فعلى هذا لا فرق بين أهله وبين الهدية وهو القياس قال رحمه الله (ويشهد الجنازة ويعود

(قوله والقاضي يقتر به لغيره) أي لرجل آخر غير الذي أقر به الأمين اه (قوله ويضمن المقر قيمته للقاضي باقراره الثاني) أي ويسلم للمقر له من جهة القاضي كذا في بعض نسخ الهداية وكذا ذكر ابن الهمام اه (قوله في حكمه ظاهر) أي وهو كونه لمن أقر له المعزول اه (قوله خالصه أن الجلوس للحكم أن يكون الخ) قوله أن يكون في تأويل مصدر على أنه مبتدأ خبره قوله بعد أفضل أي كونه في أشهر الأماكن أفضل والجملة من المبتدأ والخبر في محل رفع خبر أن وإن واسمها وخبرها في محل رفع خبر قوله خالصه والله الموافق (قوله في المتن ودعوة خاصة) الدعوة بفتح الدال الضيافة عند جمهور العرب وتيم الرباب تنكسر دالها وذكرها قطرب بالضم وغلطوه اه تحرير

ويعود المريض لقوله عليه الصلاة والسلام للسلام على المسلم ستة حقوق إذا دعاه أن يجيبه وإذا مرض أن يعود و إذا مات أن يحضره وإذا قبضه أن يسلم عليه وإذا استنحجه أن ينحجه وإذا عطس أن يشتمه وحق المسلم لا يسهط بالقضاء لكن لا يطيّل مكثه في ذلك المكان وإن كان للمريض خصوصية مع أحد لا يعود قال رحمه الله (ويسوي بينهم ما جلوسا واقبالا) أي يسوي بين الجلوس والقبول لقوله عليه الصلاة والسلام إذا ابتلى أحدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والاشارة والنظر ولأنه إذا قدم أحدهما يجترئ على خصمه وتشكره صاحبه فيؤذي ذلك إلى ترك حقه وينبغي للخصمين إذا حضرا بين يدي القاضي أن يجثوا بين يديه ولا يترعيا ولا يقعيان ولا يجتميان وإن فعل ذلك منعنا تعظيما لمر الحكم كما يجلس المعلم بين يدي المعلم تعظيما له ويكون بينهما وبين القاضي قدر ذراعين أو نحو ذلك بحيث يسمع كلامهما من غير تكلف باصغاء أو رفع صوت ولا يقعد أحدهما من جانب اليمين والآخر من اليسار لأن جانب اليمين أفضل فيكون تقديمه على صاحبه يفعل ذلك بين الكبير والصغير حتى يجب عليه أن يسوي فيه بين الأب والابن وبين الخليفة والرعية وبين النبي والشريف وهذا دليل على أن للقاضي أن يقضي على الملك الذي ولاه القضاء وكذا فعل شريح رضي الله تعالى عنه بعلي مع خصمه واحد من الرعية وعلى خليفة رضي الله تعالى عنهم فإذا سوي بينهم في الفعل فلا جرح عليه فيما يجده في قلبه من الميل إلى أحدهما بعد أن حكم بينهما بالحق لأن ذلك لا قدرة له عليه كما في القسم بين نسائه قال رحمه الله (وليتق عن مساواة أحدهما أو اشارته وتلقين حخته وضيافته) أي يجتنب هذه الأشياء لأن فيه تهمة ومكسرة لقلب الآخر لو أضافهم ماجلة فلا بأس بوجود التسوية بينهما قال رحمه الله (والمزاح) أي يجتنب المزاح مظافا معهم أو مع أحدهما أو مع غيرهما في مجلس الحكم ولا يكثر في غيره لأنه يذهب بالمهابة فخالصه أنه لا يكلمهما بغير ما تقدم إليه لاجل أن ذلك يذهب حشمة مجلس القضاء فإذا حضر فهو بالخيار إن شاء بدأهما بالكلام فقال مالك وأبو حنيفة شاعتز كهما حتى يبدأ بالملق وهو أحسن كيلا يكون مهيجا للخصومة لأنه قد قعد لقطعها وإذا تكلم المدعي أسكت الآخر واستمع حتى يفهم ما يقول فإذا فرغ الدعوى أمره بالسكوت واستنطق الآخر إذا طلب المدعي ذلك وقيل من غير طلبه لأنهما إذا تكلم أحدهما لا يتمكن من الفهم هذا إذا كانت دعواه صحيحة وإن لم تكن صحيحة قال له قم فصيح دعواك لأن الجواب لا يستحق إلا بعد تصحيح الدعوى فإذا صححت وأنكر المدعي عليه سأله البيهقي فان عجز عنها استخلف المدعي عليه إن طلب المدعي عيظه ويرتب الناس في الفصل على ترتيب حجيتهم فيبدأ بالسابق فالسابق ويجعل في ذلك أمينا يخبره ولا يجمع بين النساء والرجال في رجة بل يجعل الرجال ناحية والنساء ناحية إلا إذا كان لأحدهما على الآخر دعوى فيجلسان بين يديه وقت الدعوى قال رحمه الله (وتلقين الشاهد) أي يجتنب تلقين الشاهد أيضا لأن فيه إغارة لأحد الخصمين فيؤهم الميل إليه فيكون فيه كسر قلب الآخر فصار كتلقين أحد الخصمين واستحسنه أبو يوسف رحمه الله في غير موضع التهمة لأنه قد يحصر وقد يقول أعلم مكان قوله أشهد له بأية المجلس فكان في تلقينه إحياء الحق ولأنهم في مثله فكان من باب التعاون على البر كاشخاص الغريم وتكفيله وحيلولة بينه وبين أشغاله قبل ثبوت الحق عليه وهذا نوع رخصة عنده رجوع إليه بعد ما تولى القضاء والعزيمة فيما قال لأنه لا يخلو عن نوع تهمة

فصل في الحبس ولما كان بعض الناس يستحق العقوبة بسبب دعارته والحبس يصلح للعقوبة ذكره في كتاب القضاء وجعله من جلته وهو مشروع بالكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى في قطاع الطريق أو ينقوا من الأرض والمراد به الحبس وأما السنة فلأنه عليه الصلاة والسلام حبس رجلا بالتهمة وجلس رجلا آخر من جهنة أعتق شقصالة في مملوك وأما الاجماع فلأن الصحابة رضي الله تعالى عنهم ومن بعدهم أجمعوا عليه إلا أن في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وزمن أبي بكر وعمر وعثمان رضي الله تعالى عنهم لم يكن سجن وكان يحبس في المسجد والدلهيز وبالربط ولما كان في زمن

(قوله ويسوي بينهم ما جلوسا واقبالا) قوله واقبالا ساقط في خط الشارح ولكن بابت في نسخ المتن وهو ملحق لا بد منه (قوله الذي) يعني الذي كذا في شرح العيني (قوله وإشارته) أي بيده أو عينه أو حاجبه اه (قوله واستحسنه أبو يوسف في غير موضع التهمة) أي كما إذا ترك الشاهد لفظ الشهادة مثلا أما في موضع التهمة فلا كما إذا دعي المدعي ألفا وخمسمائة فشهد الشاهد بألف فلأنه القاضي بقوله يحتمل أنه أبرأه عن خمسمائة فتلحق الشاهد ذلك ووفق اه

فصل في الحبس (قوله وحبس رجلا آخر من جهنة أعتق شقصالة) اهله يشير إلى ما أخرجه البيهقي في سننه من حديث أبي مجزل وليس بصحابي بل تابعي واسمه لاحق بن حميد إن عبدا كان بين رجلين فأعتق أحدهما نصيبه حبسه رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى باع غنمية له فهو مرسل ويمكن في وجه حبسه أن يقال إنه لزمه ضمان ما أئلفه فلم يعطه حبسه حتى باع غنمية له ودفع قيمة نصيب صاحبه اه

(قوله مخيسا) ذكره في المغرب في باب انشاء المجبة مع الياء آخر الحروف اه قال الجوهري وخيسه مخيسا أي ذله ومنه الخيس وهو اسم سجن كان بالعراق أي موضع التذليل وكل سجن مخيس ومخيس أيضا اه (قوله وقال فيه شعرا) أي على رضى الله عنه اه (قوله في الشعر الأتراني الخ) أنشده في الصحاح أما تراني في موضعين في خيس وكيس ولم يعزه لاحد اه (قوله في الشعر أيضا مخيسا) قال في المغرب في الكاف مع الياء الكيس الظرف وحسن التأني في الأمور ورجل كيس من قوم أكياس والمكيس المنسوب إلى الكياس اه وقال في الصحاح والرجل كيس مكيس أي ظريف (قوله في (١٨٠) الشعر أيضا بنيت بعد نافع مخيسا) بعدهذا كلام ليس في خط الشارح وهو بابا حصينا وأميننا

على رضى الله تعالى عنه بنى السجن وكان هو أول من بناه في الاسلام وسمى السجن نافعا ولم يكن حصينة فانقلت الناس منه وبنى سجننا آخر وسماه مخيسا وقال فيه شعرا

الأتراني كيسا مكيسا * بنيت بعد نافع مخيسا

قال رحمه الله (واذا ثبت الحق للذمى أمره بدفع ما عليه فان أبى حبسه في الثمن والقرض والمهر والمجمل وما التزمه بالكفالة) معناه يحبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده أو التزمه بعقد اذا طلب المدعى حبسه بعد إبانته من الدفع اليه لانه بالباطل يظهر مظهره وبالمال الذى حصل في يده أو التزمه بعقد باختياره ظهرت قدرته لا ناتية بمحصل المال له والظاهر بقاؤه بالتقلب فيه وكذا لا يلتزم الانسان باختياره مالا يقدر عليه عادة فاذا ظهر مظهره مع القدرة فهو ظلم لقوله عليه الصلاة والسلام مظل الغنى ظلم استحق العقوبة ثم شرط المصنف رحمه الله الا ياء بعد أمره ولم يفصل بين ما اذا ثبت الحق عليه بينة أو اقرار وفرق بينهما في الهداية فقال اذا ثبت بالبينة يحبسه كائنت لظهور المظلم بانكاره وان ثبت باقراره لم يحجل بحبسه لانه لم يعرف كونه مظللا في أول الوهلة فلعله طمع في الامهال فلم يستصحب المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مظهره ومثله حكى عن الصدر الشهيد والمحكى عن شمس الأئمة السرخسى عكس ذلك لانه اذا ثبت بالبينة يعتذر فيقول ما علمت أن له على ديننا الا الساعة فاذا علمت قضيت ولا يتأتى ذلك في الاقرار والاحسن ما ذكره هنا فانه يؤمر بالايفاء مطلقا لانه يحتمل أن يوفى فلم يحجل بحبسه قبل أن يتبين له حاله بالامر والمطالبة بذلك والصواب لا يحبس فيما اذا طلب المدعى ذلك حتى يسأله فان أقر أن له مالا أمره بالدفع فان أبى حبسه لظهور مظهره وان أنكر المال والمدعى يقول له مال فالقاضي يقول للذمى ألك بنة أن له مالا فان أقام البينة أن له مالا أمره بالدفع فان أبى حبسه وان عجز عن البينة والمدعى يدعى أن له مالا وهو ينكر كان القول قول المدعى فيما ذكر في المختصر من الديون وهو كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده أو التزمه بعقد فيحبسه به لما ذكرنا قال رحمه الله (لا في غيره ان ادعى الفقر الا أن يثبت غريمه غناه فيحبسه بما رأى) أي لا يحبس في غير ما ذكرنا من الديون وذلك مثل أروش الجنيات وديون النفقات وضمنان الاعناق لان ذلك مما ليس يبدل مال ولا يلتزم بعقدان ادعى الفقر الا أن يثبت المدعى المال بالبينة فيثبت بحبسه بقدر ما يرى لان المنكر متمسك بالاصل اذا اصل ان الادمى يولد فقيرا لا مال له والمدعى يدعى أمر عارضا فكان القول لصاحبه مع عينية مالم يكذبها لظاهر الا أن يثبت المدعى بالبينة أن له مالا بخلاف الفصل المتقدم لان الظاهر يكذبه لان المال فيه حصل في يده ولا يلتزم الانسان عادة مالا يقدر عليه فظهر غناه بذلك والمراد بالمهر المجمل الذى يحبس فيه ما تعرفه بجمله والزائد عليه لا يحبس فيه لانه جرى فيه التسامح بتأخير المطالبة وان كان حالا فلا يدل دخوله في العقد على أنه قادر عليه واختار الخصاص أن القول للدين في جميع ذلك لانه متمسك بالاصل وهو العسرة والمستدعى يدعى عارضا فلا يسمع قوله وهو مروى عن أصحابنا واختار أبو عبيد الله الشافعى أن كل دين أصله مال كثن المبيع وبدل القرض

كيسا * اه قوله وأميننا أي ونصبت أمينا يعنى السجن اه (قوله ولا يتأتى ذلك في الاقرار) أي لانه كان عالما بالدين ولم يقضه حتى أحوجه الى شكواه اه (قوله حتى يسأله) أي يسأل القاضي المدعى عليه ألك مال اه (قوله وديون النفقات) أي لا يحبس في ديون نفقة الزوجات ان ادعى الفقر والمراد النفقة المقضى بها والتي تراضيا علم بالان النفقة لا تصير ديننا الا بذلك وفهم من قول المصنف ان ادعى الفقر أنه ان لم يدع الفقر يحبس كما لو أثبت غريمه غناه كما نص عليه في المتن أما النفقة الماضية من غير فرض وتقدير فلا يحبس فيها مطلقا ثم يحبس الرجل في نفقة زوجته الحاضرة اذا امتنع من الاتفاق عليها كما سيجي ممثنا وشرحا فان قلت قول الشارح فيما سأتى في قوله بخلاف النفقة الماضية فانها تسقط معى الزمان وان لم تسقط بان حكم الحسا كمها أو اصططح الزوجان عليها فانها ليست ببديل عن مال ولا لزمته

بعقد على ما بينا ظاهرا في أنه لا يحبس في النفقة التي قضى بها أو تراضيا عليها قلت هو محمول على ما اذا ادعى الفقر توفيقا قال قول بينه وبين ما ذكره هنا اذ لم يحتمل وفهم على اطلاقه من عدم الحبس لنافض قوله لا في غيره ان ادعى الفقر وقد قال في الظهيرية واذا فرض القاضي النفقة ولم يعطها وقدمته الى القاضي مرارا ولم يتجبع نصيب القاضي فيه حبسه اه فهذا كما ترى صريح في الحبس في المقضى بها لكنه محمول على ما اذا لم يدع الفقر أو ادعاه وعلم القاضي يساره وقال الامام البيهقي في الكفاية امتنع عن النفقة بعد الفرض لم يحبس به أول مرة بل يحبره بالحبس ان لم يدفع اه كذا بخط الشيخ الشافعى (قوله الثلثي) هو محمد بن شعاع صاحب الحسن بن زياد اه

ما أقر عند غيره فيه نفي بحسبه لما مر قال رحمه الله (ويحبس الرجل بنفقة زوجته) لانه ظالم بالامتناع عن
 الاتفاق بخلاف النفقة الماضية لانها تسقط بمضي الزمان فان لم تسقط بان حكم الحاكم بها أو اصطلم
 الزوجان عليها فانها ليست بيد مال ولا لزمته بعقد على ما بينا قال رحمه الله (لا في دين ولده) أي لا يحبس
 الوالد في دين ولده لان الوالد لا يستحق العقوبة بسبب ولده ألا ترى أنه لا يجب عليه القصاص بقتله ولا يقتل
 مورثه ولا يجب عليه الخدية بقتله ولا ينفق أمه الميتة بطلبه قال رحمه الله (الا اذا أبي من الاتفاق عليه)
 يعني لا يحبس بسبب الابن الا اذا امتنع من الاتفاق عليه فانه حينئذ يحبس لان النفقة لحاجة الوقت وهو
 بالمنع قصدا هلا كما فيحبس لدفع الهلاك عنه ألا ترى أن له أن يدفعه بقتله اذا شرب عليه السيف ولم يمكنه
 دفعه الا بالقتل ولان دين النفقة يسقط بمضي الزمان فلو لم يحبس عليها نفوت بخلاف سائر الديون لانها
 لا تسقط بمضي الزمان فلا يخاف فيها القنات وهكذا احكم الاجساد والجنات وان علوا وكذا المولى
 لا يحبس بدين عبده المأذون ان لم يكن على العبد دين لان ماله للمولى وان كان عليه دين يحبس لان هذا
 الحبس لحق الغرماء وهم ايجاب فلا يمنع ولا يحبس العبد بدين المولى لانه لا يجب له عليه دين والمولى
 يحبس بدين كاتبه اذا لم يكن من جنس بدل الكتابة وان كان من جنسه لا يحبس لوقوع المقاصة به لانه اذا
 كان من جنسه فقد ظفر بحسن حقه فله اخذه بخلاف ما اذا كان من خلاف جنسه لانه ليس له أن يجعله
 بالدين الا برضاه والمولى بمنزلة الاجنبي عنه حتى يجب عليه الارش باخثائه عليه ويضمن ما تلف من ماله
 فكذا يحبس بدينه اذا ظهر ظلمه بالمطالبة ولا يحبس المكاتب لمولاه بدين الكتابة لانه لا يصير ظالمًا بالامتناع
 عن بدل الكتابة لئلا يمكنه من فسح الكتابة من غير رضاه ولا يحبس بدين آخر عليه غير الكتابة لانه يصير
 ظالمًا بامتناعه اذا لا يقدر على فسح سبب ذلك الدين وقال بعض مشايخنا لا يحبس فيه أيضا لانه يتمكن من
 الاسقاط أيضا بان يعجز نفسه فيرد قيقا فيسقط عنه دين المولى فصار كبذل الكتابة ألا ترى أن الكفالة
 به لا تجوز كما لا تجوز بدل الكتابة بخلاف ما اذا كان الدين للاجنبي والفرق بينهما على الظاهر أن بدل
 الكتابة ليس بدين على الحقيقة لانه صلة من وجه بخلاف غيره من الديون ثم صفة الحبس أن يكون في
 موضع ليس فيه فراش ولا وطاء ولا يخلى أحد يدخل عليه ليستأنس به ولا يخرج للجمعة ولا الجمعة ولا الحج
 فرض ولا حضور جنازة ولو أعطى كفيلا ولا محجي رمضان ولا الاعياد ليضجر قلبه ويوفى ولا يخرج لموت
 قريبه الا اذا لم يوجد من يغسله ويكفنه فيخرج حينئذ اقرباؤه الولاد في رواية يخرج وان وجد من يجزه
 وان مرض مرضا اضره فان كان له من يخدمه لا يخرج والاخرج ولا يخرج للعاجلة لانه يمكنه المعالجة
 في السجن وان احتاج الى الجماع لا يمنع من دخول امرأته أو جارية عنه عليه ان كان في السجن موضع
 يستتره لان اقتضاء شهوة الفرج كقتضاء شهوة البطن وقيل يمنع لان الوطء من فضول الخواج بخلاف
 الاكل والشرب فان منعه يؤدي الى الهلاك وهو يرضى له تناول مال الغير حالة الخصة خوفا من الهلاك
 فكيف يجوز قتله لاجل الدين ولا يمنع من دخول قرابته وجيرانه عليه لانه يحتاج اليهم للمشاورة والتدبير
 في قضاء الدين ولكن لا يمكنه من المكث طويلا والمال الذي يحبس فيه غير مقدور حتى يحبس في درهم
 ومادونه لان مانعه ظالم متعنت والله أعلم بالصواب

باب كتاب القاضى الى القاضى وغيره

اعلم أن هذا الباب ليس من كتاب القضاء لانه إما نقل شهادة أو نقل حكم وكل ذلك ليس منه وانما أورده
 فيه لانه من عمل القضاة كان ذكره فيه أنسب قال رحمه الله (ويكتب القاضى الى القاضى في غير
 حدود قود) وهذا استحسان والقياس أن لا يجوز لان كتابه لا يكون أقوى من عبارته فلو حضر بنفسه الى
 القاضى المكتوب اليه وعبر بلسانه ما في الكتاب لم يعمل به فكتابه أولى لان الكتاب قد رزق والخط بشبه
 الخط وكذا الخطام يشبه الخاتم فكان أكثر احتمالاً من البينة وجه الاستحسان ما روي أن عليا كرم الله

باب كتاب القاضى الى القاضى وغيره

(قوله وانما أورده فيه لانه من عمل القضاة) أي وانما أورده
 يحتاج الى اثنين والحبس يتم بقاض واحد والواحد مقدم على الاثنين اه (قوله في المتن ويكتب القاضى الى القاضى في غير حدود قود) وذلك لان كتاب القاضى الى القاضى بمنزلة الشهادة لان كتابه ينقل شهادة الاصول كما ان الفروع ينقلون بشهادتهم شهادة الاصول ثم الشهادة على الشهادة لا تجوز في الحدود والقصاص فكذلك كتاب القاضى فيه لان فيه شبهة البدلية والحدود والقصاص يسقط بالشهادتين ولان الكتاب قد رزق ولان الخط قد يشبه الخط فيمكن نوع شبهة اه اتفاق

(قوله يروى ذلك عن محمد وعليه المتأخرون وهو الذي بقي به) قال الاتقاني وقال الصدر الشهيد في كتاب أدب القاضي وروى عن أبي يوسف في النوادر أنه قال يجوز في جميع العروض وبه أخدم شيخنا المتأخرون وقال في شرح الطحاوي وقال ابن أبي ليلى يقبل في جميع ذلك أي يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في المنقول وغيره ثم قال فيه والفتوى على هذا التعامل الناس اه (قوله وعنه أنه أجاز في الأمة أيضا بشرائطه) قال في الهداية ويختص بشرائط قال الاتقاني أي يختص كتاب القاضي إلى القاضي بشرائط وهو أن يكون الكتاب من معلوم إلى معلوم في معلوم لمعلوم أعي أن يكون القاضي المكتوب منه معلوما والقاضي المكتوب إليه معلوما والمدعى به معلوما والمدعى عليه معلوما اه وكتب ما نصه قال في الهداية وعنه أنه يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعه قال الاتقاني وموضعه كتاب الأباقي من المبسوط وأراد به بيان حلية العبد وصفته ونسبته للذي أخذته والختم في عنقه وأخذ الكفيل وحاصله ما قال في شرح الطحاوي وانما يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الدين والعين الذي لا يحتاج إلى الإشارة إليه كالدار والعقار وأما المنقول الذي يمكن الإشارة إليه لا يقبل عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف مثل ذلك إلا في العبد (١٨٣)

صاحبه البينة عند القاضي أنه عبده أخذ فلان في مصر كذا وشهد الشهود على الحلية فيجب عليه أن يكتب إلى ذلك القاضي أنه قد شهد الشهود عندي وزكو أن عبده صفته كذا أخذ فلان بن فلان وأنه لفلان بن فلان ونسبهما إلى أبيهما وإلى فخذهما ويقطع الشركة بينهما وبين الآخر ويكتب العنوان في الداخل والخارج اسمه واسم المكتوب إليه ونسبهما والعبرة للداخل لا للخارج فإذا جاء الكتاب وشهد الشهود على ذلك يسلم العبد ويختم في عنقه وأخذ منه كفيلا ثم دعيه إلى القاضي الذي كتب إليه أول مرة فإذا ثبت عنده قبله وقضى

وجهه أجاز ذلك لحاجة الناس إليه لأنه قد يتعذر على الإنسان الجمع بين شهوده وخصمه ثم هو على ضربين نقل حكمه وهو المسمى سجلا وسياثيك بيانه ونقل شهادة وهو المراد هنا ولا يقال يستغنى عنه بالشهادة على الشهادة فلا حاجة إليه لأننا نقول يحتاج القاضي في الشهادة على الشهادة إلى تعديل الأصول وقد يتعذر ذلك لاسم إذا كان في بلاد الغربية ويتعسر نقل الشهادة على وجهها أيضا إذا كثرت الناس لا يحسنون ذلك وفي كتاب القاضي غنية عنه لأنه هو يعدل الشهود ولا يحتاج فيه إلى نقل الشهادة وانما ينقل كتابه فحسب ولا يجوز ذلك في الحدود والقصاص لمافي من الشبهة بزيادة الاحتمال وقوله في غير حدود وقد يدخل تحته كل حق لا يسقط بالشبهة كالدين والنكاح والطلاق والشفعة والوكالة والوصية والوفاء والوراثة والقتل إذا كان موجبا للمال والنسب من الحي والميت والغصب والامانة المجموعة والمضاربة المجموعة والاعيان المنقولة كالعبد والجارية وغيرها منقولة كالعقار يروى ذلك عن محمد وعليه المتأخرون وهو الذي بقي به باضرورة وفي ظاهر الرواية لا يجوز في المنقول للحاجة إلى الإشارة إليها عند الدعوى والشهادة بخلاف العقار وغيرهما من الحقوق لانها تعرف بالوصف اذ لا يمكن الإشارة إلى الدين وأمثاله والعقار يعرف بالحدود ولا يحتاج إلى إحضاره إلى مجلس الحاكم فصار كالدين وفي دعوى النكاح المقصود نفس النكاح لأنفس المرأة ونفس الرجل وانما هما كالدائن والمدين والنكاح كالدين وكذلك الطلاق فلا يحتاج فيه إلى الإشارة وعن أبي يوسف رجه الله أنه أجاز في العبد دون الأمة وغيرهما من المنقولات لغلبة الأباقي فيه ولتعذر دفع الأمة إلى رجل لم يحكم له بالمالك لينقلها إلى الكاتب وعنه أنه أجاز في الأمة أيضا بشرائطه وهي أن يكلف المدعى أنه كان له عبد أتى وهو اليوم في يد فلان ويعترف العبد غاية التعريف بصفته واسمه وسنه وقيمه ويكتب القاضي ويذكر أنه شهد عندي فلان وفلان بأن العبد الهنسي الذي يقال له فلان حليته كذا وواقمته كذا وسنه كذا وقيمه كذا اسلك فلان المدعى هذا وقد أتى إلى بلدة كذا وهو اليوم عند فلان بغير حق فاذا وصل الكتاب إليه وثبت عنده أنه من عند الكاتب ونصه بشرائطه على ما ينبغي يسلم العبد إلى المدعى من غير أن يقضى له بالمالك لأن الذين شهدوا لم يشهدوا بحضرة العبد وبأخذ

به وسلم العبد إلى الذي جاءه بالكتاب وأمرأ كفيلا إلى هنا لفظ شرح الطحاوي وهذا الكتاب بهذه الشرائط يكتب كذلك في الأمة أيضا على رواية قبول الكتاب في الأمة وهو معنى قوله يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعه اه قال في خلاصة الفتاوى ولو كتب اسم القاضي الكاتب ونسبه ولم يكتب اسم القاضي المكتوب إليه ونسبه ولكنه كتب إلى من بلغ كتابي هذا من قضاة المسلمين وحكامهم لا يجوز وأبو يوسف وسع وأجاز وعليه عمل الناس اليوم وأجمعوا أنه لو كتب اسم المكتوب إليه ونسبه ثم كتب إلى كل من يصل إليه كتابي هذا من قضاة المسلمين وحكامهم جاز فإن كل قاض وصل إليه عمل به ولو لم يكتب في الكتاب التاريخ لا يقبله وإن كتب فيه تاريخا ينظر هل هو كان قاضيا في ذلك الوقت أم لا ولا يكتب في الشهادة إذا لم يكن مكتوبا وكذا كونه كتاب القاضي لا يثبت بمجرد شهادتهم بدون الكتابة وكذا لو شهدوا على أصل الحادثة ولم يكن مكتوبا لم يعمل به إلى هنا لفظ الخلاصة وقال في شرح الطحاوي وكتاب القاضي إلى القاضي في حقوق الناس من العتاق والطلاق وغيرهما جاز إلا في الحدود والقصاص لأن كتاب القاضي إلى القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة والشهادة على الشهادة في الحدود والقصاص لا تقبل وقال في خزائن الفقه ويجوز كتاب القاضي إلى القاضي في المصرين أو من قاضي مصر إلى

قاضي رستاق ولا يجوز من قاضي رستاق الى قاضي مصر اه اتقاني رحمه الله قوله قال في الهداية وعنه أي عن أبي يوسف اه
(قوله في المتن فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة) قال الاتقاني قوله حكم بالشهادة هذا اللفظ القدوري في مختصره وعنه في نفسه
وكتب بحكمه وان شهدوا بغير حضره الخصم لم يحكم وكتب بالشهادة ليحكم به المكتوب اليه الى هذا اللفظ القدوري وذلك لان الشهادة
لا تصح الا على خصم فاذا كان الخصم (١٨٤) حاضر احكم عليه لوجود الحجّة وكتب بحكمه الى القاضي وهذا الكتاب يسمى

كفيل من المدعي بنفس العبد ويجعل خاتما من رصاص في عنق العبد حتى لا يتعرض له متعرض في
الطريق أنه سرقه ويكتب كتابا الى الكاتب بذلك ويشهد شاهدان على كتابه وختمه وعلى مافي الكتاب
فاذا وصل الكتاب الى القاضي الكاتب وشهد الشهود أن هذا كتابه وختمه أمر المدعي أن يحضر شهوده
الذين شهدوا عنده فيعيدوا الشهادة بالاشارة الى العبد أنه ملكه فاذا شهدوا حكم به وكتب الى المكتوب
اليه أو لا يبرئ كفيله وقيل لا يحكم له به لان الحكم على الغائب لا يجوز لان الشخص الذي كان عنده
العبد هو الخصم وهو غائب ولكن يكتب ماجرى عنده ويشهد شاهدان على كتابه وختمه وما فيه ويبحث
بالعبد والكتاب معه الى ذلك الحان حتى يقضى له به بحضور المدعي عليه فاذا وصل الكتاب اليه
فليقبل هو كذلك ويبرئ الكفيل وانما فعل به كذلك ليقطع وهم الشركة لانه ربما يشاركه غيره في الاسم
والصفة والخلية وفي المقضى عليه وهو الذي في يده العبد وهذه الجاهالة بالاحضار والاشارة اليه ترتفع
فلها يجب احضاره والجارية كالعبد فيما ذكرنا الا أنه لا يسلم للمدعي بل يبعثها مع أمين معه قال رحمه الله
(فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة) لوجود الحجّة والحضور والخصم قال رحمه الله (وكتب بحكمه
وهو المدعو سجلا) أي كتاب الحكم يسمى سجلا وانما يكتب حتى لا تنسى الواقعة على طول الزمان وليكون
الكتاب مذكرا لها والا فلا يحتاج الى كتابة الحكم لانه قد تم بحضور الخصم بنفسه أو من يقوم مقامه الا
اذا قدر أنه غاب بعد الحكم عليه وجده حينئذ يكتب له ليسلم اليه حقه أو لينفذ حكمه قال رحمه الله (والا
لم يحكم) أي ان لم يكن الخصم حاضرا لا يحكم لان الحكم على الغائب لا يجوز لما عرفت في موضعه ولو حكم
به حاكم يرى ذلك ثم نقل اليه نفذ بخلاف الكتاب الحكمي حيث لا ينفذ خلاف مذهبه لان الاول
محكم به فيلزمه والثاني ابتداء حكم فلا يجوز له قال رحمه الله (وكتب الشهادة ليحكم المكتوب اليه هو
الكتاب الحكمي وهو نقل الشهادة في الحقيقة) لان الحاكم الكاتب لم يحكم بالشهادة وانما نقلها ليحكم
به المكتوب اليه ولهذا يحكم المكتوب اليه رأيه وان خالف رأيه رأيه الكاتب بخلاف السجل فانه
ليس له أن يخالفه ويتقض حكمه لان الاول قد استحكم بالقضاء وهو فصل مجتهد فيه ان كان الخصم غائبا
والافتقار عليه فلا يكون لاحد من القضاة نقضه فاذا افرق بين كتاب القاضي الى القاضي والشهادة
على الشهادة الامن حيث ان شهودا افرع يشهدون على شهادة الاصول والناقول لكتاب القاضي
يشهدون على أن الكتاب من القاضي وان القاضي المكتوب اليه لا يحتاج الى تعديل الشهود الذين
شهدوا في الحادثة وفي الشهادة على الشهادة لا بد من تعديلهم قال رحمه الله (وقرأ عليهم وختم عندهم
وسلم اليهم) أي القاضي الكاتب فعل ذلك كله وهو من شرائطه لانهم يشهدون عند الثاني فلا بد من
أن يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه اذ الشهادة بدون العلم أو يعلمهم بما فيه لان المعرفة تحصل به وهو
المقصود لا بد من ختمه بحضورهم ثم يسلم اليهم كيلا يتوهم التغير ولا بد للشهود من حفظ ما فيه
لانهم يشهدون به كما في سائر الشهادات ومن شرائطه أيضا أن يكون للكتاب عنوان وهو أن يكتب فيه
اسمه واسم أبيه وجده واسم القاضي المكتوب اليه وأبيه وجده حتى لو اخل بشئ منها لا يقبل الكتاب

سجلا واذا لم يكن الخصم
حاضرا يسمع الشهادة ولا
يحكم بها ويكتب بما سمعه
من الشهادة الى القاضي حتى
يحكم القاضي المكتوب
اليه بذلك اذا ثبت عنده أنه
كتاب القاضي الكاتب وهو
عنزلة نقل الشهادة وهذا
الكتاب الى القاضي يسمى
الكتاب الحكمي لانه
يكتب ليحكم به القاضي
المكتوب اليه اه وكتب
على قوله فان شهدوا على
خصم حاضر الخ مانصه قال
الكافي المراد بالخصم هنا
الوكيل عن الغائب
أو المضر الذي جعل وكلا
لا يثبت الحق عليه وان لم
يكن هو وكسلا عنه في
انطقه اذ لو كان المراد هو
المدعي عليه نفسه لما احتج
الى كتاب القاضي الى القاضي
اذا الحكم يتم على الخصم
بحكمه ولو لم يكن خصما
أصلا للمدعي عليه ولا
ناصبه وقد حكم القاضي
بالشهادة كان قضاء على
الغائب وهو لا يجوز عندنا
وعند الأئمة الثلاثة يجوز
الحكم على الغائب فلا
يحتاج الى خصم (قوله

ولو حكم به حاكم يرى ذلك) أي الحكم على الغائب اه (قوله في المتن وقرأ عليهم وختم عندهم الخ) هذه
رواية القدوري وذكرنا لضاف أنه يدفعه الطالب ويكتب معهم نسخته اه (قوله أو يعلمهم بما فيه) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد
والشافعي وأحمد ومالك في رواية والشرط عند أبي يوسف أن يعلمهم أن هذا كتابه وختمه وبه قال مالك في رواية ويسلم الكتاب الى المدعي
وعليه عمل القضاة اليوم اه كافي

(قوله ويكتب العنوان من داخل الكتاب) قال في الغاية بشرط أن يكون تحتها ماعنوناً في داخله وخارجها ثم قال بعد ذلك ويكتب العنوان في الداخل والخارج والعبرة بالداخل لا بالخارج اهـ قال الكاكي والشروط عندهما عنوان الباطن لا عنوان الظاهر حتى لو ترك العنوان انطاعرا ككتفي المكتوب اليه بالعنوان الباطن وعلى العكس لا يجوز اهـ (قوله في المتن ولم يقبله بلا خصم ولا شهود) قال الاقطع قال أبو يوسف يقبله من غير حضور خصم لان الكتاب يختص بالمكتوب اليه فكان له أن يقبله والحكم بعد ذلك يقع بما علمه من الكتاب فاعتبر حضور الخصم عند الحكم به اهـ اتقاني وكتب على قوله ولم يقبله الخ مانصه قال في الهداية ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين أو رجل واحد اهـ لان الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لانه ملازم فلا بد من الحجة اهـ وكتب على قوله ولم يقبله مانصه أي لم يأخذه اهـ في صورة كتاب القاضي الى القاضي وقال الاتقاني ونختم الكتاب بما ذكر الحسن في المجرى من صورة كتاب القاضي الى القاضي وهي قوله من فلان قاضي كورة كذا الى فلان بن فلان قاضي كورة كذا سلام عليك فاني أجد اليك الله الذي لا اله الا هو أما بعد فان رجلاً أتاني يقول له فلان بن فلان وذكراً له على رجل في كورة كذا حقة فاسألي أن أسمع من بينته وأكتب اليك بما يستقر عندي من ذلك فاسأله البينة فأتاني بعدة منه فلان وفلان ويحليهم وينسبهم فشهدوا عندي أن فلان بن فلان أتاني على فلان بن فلان الفلاني كذا كذا درهماً ديناً حالاً وسألتني أن أحلفه ما قبض منها شيئاً (١٨٥) ولا قبضه له قابض بوكالة ولا احتمال

بشيء فأحلفته خلف بالله الذي لا اله الا هو ما قبض من هذا المال الذي قامت به البينة عندي ولا قبضه له وكيل ولا أحاله ولا قبضه له قابض وانما له عليه وسألتني أن أكتب له اليك بما يستقر عندي فكتبت اليك بهذا الكتاب وأشهدت عليه شهدوا أنه كتبي وخاتمي وقرأه على الشهود قال ثم يطوى الكتاب ويختم عليه ويختم الشهود عليه فهو أوثق ثم يكتب عليه عنوان الكتاب من فلان قاضي كورة كذا الى فلان قاضي

ويكتب العنوان من داخل الكتاب حتى لو كان على الظاهر لا يقبل وقيل هذا في عرفهم أما في عرفنا فالعنوان يكون على الظاهر فيعمل به ويكتب فيه اسم المدعي عليه واسم المدعى على وجه يقع به التمييز وذلك بذكر جهة ما ويزد كالحق فيه ويزد الشهود ان شاء الله ككتفي بذكر شهادتهم وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يشترط على الشهود الانتقال الكتاب والشهادة أنه كتاب فلان ولا على القاضي سوى كتابة الحاجة التي لا بد من معرفتها واختار شمس الأئمة رحمه الله أن يكون له سهل قال رحمه الله (فان وصل الى المكتوب اليه نظر الى ختمه ولم يقبله بلا خصم ولا شهود) لان هذا الكتاب للحكم به فلا يقبله الا بحضور الخصم كالشهادة بخلاف القاضي الكاتب حيث يسمع الشهادة ويكتبها والخصم غائب لانه لا تقلل الحكم ونظيره الشهادة على الشهادة حيث يشترط فيها حضور الخصم عند الادعاء لا عند التحمل ويجوز أن يقرأ الكتاب فلا يقبله الا ببينة عند انكار الخصم أنه كتاب القاضي وان أقر فلا حاجة الى اقامة البينة أنه كتابه ولا يلزم كتاب الاستئمان من أهل الحرب حيث يعمل به وان لم تقم به بينة بانه كتابهم لانه ليس يلزم وهذا ملازم فلا بد من حجة تامة من شهادة رجلين أو رجل واحد اهـ أو اقرار الخصم ولا يلزم رسول القاضي الى المزكي ورسول المزكي الى القاضي فانه يكون معتبراً بالبينة لان الإلزام فيه بشهادة الشهود لا بالتزكية وقال أبو يوسف رحمه الله يأخذ القاضي المكتوب اليه الكتاب بغير بينة ولكن لا يعمل به الا ببينة قال رحمه الله (فان شهدوا أنه كتاب فلان القاضي سلمه اليافي مجلس حكمه وقرأه علينا ونختمه فتمه القاضي وقرأه على الخصم وألزمه ما فيه) يعني اذا ثبتت عدالتهم عنده بان كان يعرفهم بالعدالة أو وجد في الكتاب عدالتهم بان كان القاضي

(٣٤ - زيلعي رابع) كورة كذا ثم دفع الى المدعي فان أتى به المدعي القاضي الذي بالكورة قد ذكر أن هذا كتاب القاضي اليه سأله البينة على كتاب القاضي ولا ينبغي له أن يسمع من بينة المدعي حتى يحضر الخصم فاذا حضره وأقرأه فلان بن فلان الفلاني قبل بينته وسمع منه فاذا أنكر قال جئني بالبينة أن هذا فلان بن فلان الفلاني فاذا جاء ببينة وعدلوا سمع من بينة المدعي على أن هذا كتاب القاضي الذي ذكره فيقول له أقرأ عليكم ما فيه فاذا قالوا نعم قد قرأه علينا وأشهدنا أن هذا كتابه ثم ختمه وقال هنا خاتمي فاذا سمع منه لم يكسر الخاتم حتى يسأل عنه فاذا عدلوا لم يكسر الخاتم حتى يحضر الخصم فاذا حضر الخصم كسر الخاتم وقرأ عليهم وعلى الخصم ما في الكتاب فاذا قال الشهود نعم قد شهدنا على ما فيه على ما قرأ علينا سألت الخصم عما شهد به عليه فاذا أقر ألزمه اياماً وان أنكر قال لك حجة والا قضيت عليك بما فيه فان لم يكن له حجة قضى عليه وان كانت له حجة قبل حجة فان قال لست أنا فلان الفلاني الذي شهدوا عليه بهذا المال قال له ألك بينة ان في هذه الصناعة أو القبيلة رجلاً ينسب مثل ما تنسب اليه والا ألزمتك ما شهدوا به فان جاء ببينة على أن في تلك القبيلة أو الصناعة من ينسب مثل ما ينسب اليه أ بطل الكتاب وان لم يكن في تلك القبيلة أو الصناعة أحد على اسمه واسم أبيه قضى عليه الى هنا لفظ كتاب المجرى اهـ (قوله لانه ليس يلزم) أي لان الامام بالخيار ان شاء أعطى الامان وان شاء لم يعطه اهـ (قوله في المتن وقرأه على الخصم وألزمه ما فيه) وهذا الذي ذكره قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف وابن أبي ليلى اذا شهدوا أنه كتابه ونختمه قبله ولا حاجة الى اعتبار قراءة القاضي الكتاب على الشهود لانهم لما شهدوا أن الكتاب كتابه والخاتم خاتمه ثبت أنه كتاب

القاضي الكاتب فاذا قرأ عرف ما فيه (قوله لانه لا يكون حجة الا بعد ظهور عد التهم) وذكر ان الحصاص انه لا يقبل قبل ظهور العدل
ثم قال ما قال محمد أصح أي يجوز الفتح (١٨٦) بالشهادة بكتابه وختمه من غير تعرض لعدالة الشهود اه كأي (قوله ثم لا بد

من مسافة بين القاضين)
وحكى الطحاوي عن أبي
حنيفة وأصحابه أنه يجوز
فيما دون السفر قال بعض
المتأخرين (١)

(قوله وعن أبي يوسف أنه
ان كان في مكان لو غدا الخ)
قال مسكين وفي السراجية
كتاب القاضي فيما دون
مسيرة سفر لا يجوز في ظاهر
الرواية وعند أبي يوسف
أنه لو كان في مكان لو غدا
الى باب القاضي لا يمكنه
الرجوع الى منزله في يومه
ذلك يقبل وعليه الفتوى
اه (قوله ذكر الكرخي في
اختلاف الفقهاء أن كتاب
القاضي الخ) في الحصاص
وروي عن محمد أنه قال في
مصرفيه قاضيان في كل
جانب قاض يكتب أحدهما
الى الآخر كتابا يقبل كتابه
ولو أتى أحدهما الى صاحبه
فأخبره بالحادثة بنفسه
لم يقبل قوله لان في الوجه
الاول كان الاول خاطبه
في موضع القضاء وفي الثاني
خاطبه في غير موضع القضاء
اه (قوله في المتن ويبطل
الكتاب بموت الكاتب)
قال في الهداية وانما يقبله
المكتوب اليه اذا كان
الكاتب على القضاء حتى
لومات أو عزل أو لم يبق

الكاتب قد كتب عد التهم أو سأل من يعرفهم من الثقات فزكوا وأما قبل ظهور عد التهم فلا يحكم به
ولا يلزم الخصم لانه لا يكون حجة الا بعد ظهور عد التهم وذكر ان الحصاص أنه لا يقبل الا بعد ظهور عد التهم
لانه قد ثبت عد التهم فيحتاج المدعى الى غيرهم من الشهود لاثبات أن الكتاب من القاضي لانهم
يشهدون بذلك قبل الفتح كالشهود الاول بخلاف قبول الكتاب حيث يقبله اذا شهدوا أنه كتابه قبل ثبوت
عد التهم بحضرة الخصم وقوله سلمه اليها الخ شرط للحكم به حتى اذا قالوا لم يسلمه اليها ولم يقرأه علينا ولم
يختمه بحضرتنا لم يعمل به وشرط في الذخيرة حضور الخصم لقبول البيعة بأنه كتاب فلان لا قبول الكتاب
حتى لو قبله مع غيبة الخصم جاز والاشبه أن يكون هذا قول أبي يوسف فإنه عنده يقبله من غير بيعة
ومن يدعى أيضا اذا جاء به وحده وكذا سهل عند الثقات فقال اذا شهدوا أنه كتابه ولم يشهدوا بالتحكم
وغيره قبله فسهل في ذلك لما يتلى بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة ولو وجد في الكتاب ما يخالف شهادتهم
رده ثم لا بد من مسافة بين القاضين حتى يجوز كتاب القاضي واختلافوا في تلك المسافة فمنهم من قال هي
معتبرة بالشهادة على الشهادة وهي مسيرة ثلاثة أيام في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله انه ان
كان في مكان لو غدا الاداء الشهادة لا يستطبع أن يبيت في أهله صح الشهاد وعن محمد رحمه الله أنه
يجوز الشهادة على الشهادة وان كان الاصل صحيحا في المصروذ كالكرخي في اختلاف الفقهاء أن كتاب
القاضي الى القاضي مقبول وان كانا في مصر واحد فكتبا ثم ما اعتبراه بالوكالة وفي الظاهر اعتبر بالجز
قال رحمه الله (ويبطل الكتاب بموت الكاتب وعزله) هذا اذا مات أو عزل قبل وصول الكتاب الى الثاني
أو بعد وصوله قبل أن يقرأ عليهم لانه بمنزلة الشهادة على الشهادة فبوت الاصول قبل اداء الفروع الشهادة
يبطل شهادة الفروع فكذا هذا وكذا اذا جن الكاتب أو ارتد أو قذف فسد أو عوى وقال أبو يوسف
رحمه الله لا يبطل بل المكتوب اليه يقضى به ذكر قوله في الامالي وهو قول الشافعي رحمه الله لهما أن
القاضي الكاتب بمنزلة شهود الفروع وكتابه بمنزلة ادعاء شهود الفروع الشهادة لانه ينقل شهادة الذين
شهدوا بالحق الى القاضي المكتوب اليه والنقل قد تم بالكتابة فصار بمنزلة شهود الفروع اذا ماتوا بعد اداء
الشهادة قبل القضاء فانها لا يمنع القضاء فكذا هذا وهكذا الحكم في كل شهادات بعد اداء الشهادة
قبل الحكم بها ولما ان القاضي الكاتب وان كان ينقل شهادة الذين شهدوا عنه لانه لا ينقل
حكم القضاء الا ترى أن هذا النقل لا يصح الا من القاضي ولا يشترط فيه عدد ولا لفظ الشهادة ووجب
على القاضي الكاتب هذا النقل بسماع البيعة وما يجب على القاضي بسماع البيعة فثبت أن لهذا
النقل حكم القضاء ولم يتم بعد لان عامه بوجوب القضاء على المكتوب اليه ولا يجب القضاء على المكتوب
اليه قبل وصول الكتاب اليه وقبل قراءته لان العمل بالقضاء به شرط لوجوب القضاء فيمكن النقل تاما
فيبطل بموت القاضي كافي سائر الاقضية اذا مات القاضي قبل عامها بخلاف شهود الفروع اذا مات
الاصول بعد ادائهم الشهادة لانهم أوجبوا الحكم على القاضي بشهادتهم فلا يسقط عنه الوجوب بموت
الاصول أو بموت الفروع كافي سائر الشهادات اذا مات الشهود بعد الاداء قبل الحكم بشهادتهم فإنه
لا يسقط عنه الوجوب فكذا هذا ولوقبله مع هذا وحكم به ثم رفع الى قاض آخر وأمضاء جاز لان قضاءه
صادف محلا مجتهدا فيه لان هذا القضاء مختلف فيه واذا كان الاختلاف في نفس القضاء يتفقد بالتفريق
من قاض آخر بخلاف ما اذا كان الاختلاف قبل القضاء حيث يتفقد بنفس القضاء لما عرف في
موضعه ولومات القاضي الكاتب بعد ما قرأ الكتاب لا يبطل في ظاهر الرواية ويحكم به المكتوب
اليه لانه وجب عليه القضاء بالقراءة فلا يبطل بالموت كالمومات الشاهد بعد اداء الشهادة قبل الحكم

بها وفي اختلاف زفر رحمه الله ويعقوب انه لا يقضى به اذا مات قبل قضائه قال رحمه الله (وموت المكتوب اليه الا اذا كتب بعد اسمه والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين) أي يبطل الكتاب بموت القاضى المكتوب اليه الا اذا كتب الى فلان القاضى والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين حينئذ لا يبطل بموت القاضى المكتوب اليه والضمير في قوله بعد اسمه عائذ الى القاضى المكتوب اليه وقال الشافعى رحمه الله لا يبطل وان لم يقل ذلك ويحكم القاضى الذى جاء بعده به كما لو قال والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين ولنا ان القاضى الكاتب اعتمد على علم الاول وأمانته والقضاة يتفاوتون في الامانة قصار نظير الامناء في الاموال بخلاف ما اذا قال والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لانه اعتمد الكل فكانوا مكتوباً اليهم بخلاف ما اذا قال ابتداء الى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين حيث لا يجوز أن يحكم به أحد لان اعلام ما فى الكتاب والمكتوب اليه شرط وتام الاعلام لا يحصل بهذا القدر واذا عين واحد حصل التعريف له وصح كتاب القاضى الى القاضى وصار غيره تبعاله وأجاز أبو يوسف رحمه الله من غير تعيين أحد من القضاة حين ابتلى بالقضاء واستحسنه كثير من المشايخ تسميلاً للامير ولا يقبل القاضى رسالة قاض آخر وان قامت عليها بينة لانه ينقل عبارته فيكون كالقاضى حضر وتكلم به وهو لو حضر وتكلم به لا يسمع كلامه لانه كواحد من الرعية في غير موضع ولا يسه بخلاف الكتاب لانه كتبه في مجلس حكمه فكان الكتاب منه كالخطاب للقاضى المكتوب اليه مشافهة لصدور الكتاب من موضع القضاء ونقول ان الكتاب لا يقبل قياساً وانما قبل الضرورة ولا ضرورة الى الرسالة لان فى الكتاب غنية عنه فبقى على أصل القياس ويجوز للقاضى المكتوب اليه أن يكتب كتاباً الى قاض آخر اذا تعذر حضور خصمه عنده وكذا المكتوب اليه ثانياً أن يكتب الى آخر الى ما لا يتناهى لان الشهادة الواقعة عند الاول صارت منقولة الى المكتوب اليه حكماً قصاراً وكأنهم شهدوا عند حقيقة فجاز له أن ينقلها الى غيره اذا الحاجة الى نقلها مراماً وهي المجوزة للنقل قال رحمه الله (لا يموت الخصم) يعنى لا يبطل الكتاب بموت الخصم لان وارثه يقوم مقامه فينفذ عليه وعلى هذا الوصمات المدعى ينبغي أن لا يبطل لان قريبه يقوم مقامه فينفذ له وكما يجوز كتاب القاضى الى القاضى يجوز كتاب القاضى الى الامير ولكن ان كان في مصره اقتصر على قوله أصح الله الامير ولا يكتب أكثر من ذلك وان كان في مصر آخر فلا بد من ذكر الاسم والنسبة والختم والشهادة كما فى كتاب القاضى الى القاضى والقياس أن لا يجوز في مصره الابن ولكن استحسنوا ذلك للعادة فان القاضى يكتب الى الوالى ويستعين به فيما عجز عن اقامته في كل وقت ولو شرط ذلك لخرجوا لان كل أحد لا يحضر مجلس الامير فيشهد والامير لا يمكنه التفحص عن أحوال الشهود قبل الكتاب للضرورة ولكن هذه الضرورة والعادة فيما اذا كان الامير في مصر آخر غير المصر الذى فيه القاضى بقى على أصل القياس لعدم جريان العادة والضرورة لقوله وقوعه قال رحمه الله (وتقضى المرأة في غير حد وقود) لان القضاء يستق من الشهادة على ما بينا وشهادتها اجازة في غير الحدود فكذا يجوز قضاؤها فيه ولا يجوز في الحدود والقصاص كشهادتها لما فيه من شبهة البدلية وقال الشافعى رحمه الله لا يجوز أن تولى المرأة القضاء لقصور عقلها قلنا هي من أهل الولاية وبه تصير أهل للشهادة فكذا القضاء كالرجل قال رحمه الله (ولا يستخلف قاض الا أن يفوض اليه ذلك بخلاف المأمور بالجمعة) لانه فوض اليه القضاء لا التقليد فلا يتصرف في غير ما فوض اليه كالوكيل لا وكيلاً بدون اذن الموكل وفي الجمعة يجوز للأموال بأدائها أن يستخلف لكونها على شرف الفوات ثم ان أحدث قبل أن يشرع في الجمعة لم يجز له أن يستخلف الا من شهد الخطبة لانها شرط فيها فلا تتعدد دونها وان كان شرع فيها اجاز أن يستخلف من لم يدرك الخطبة لانها انعقدت بالاصل فكان الثانى بانها فلا يشترط البناء ما يشترط للافتتاح ولانه لما دخل معه في الصلاة وجازت صلاته معه التحق عن شهد الخطبة حكماً اذهى لا تجوز الا بالخطبة وهذا الواقد المستخلف

(قوله فكذا يجوز قضاؤها الى آخره) أى ولا تصلح للخلافة على ما أتى فى كتاب الشهادة اهـ (قوله كالوكيل لا يوكل بدون اذن الموكل) بخلاف المستعير حيث كان له أن يعير لأن المنافع تحدث على ملكه فيملك تملك ذلك من غيره فكان متصرفاً بحكم الملك بخلاف ما نحن فيه فانه يتصرف بحكم الاذن فيملك بقدر ما أذن له اهـ غاية

(قوله في المتن وإذا رفع اليه حكم قاض أمضاء) المراد بالامضاء التوقيع اه اتفاني (قوله ان لم يخالف الكتاب) والمراد من خلاف الكتاب خلاف نص الكتاب الذي لم يخالف في تأويله السلف مثل قوله ولا تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء وقد اتفق الناس أنه لا يجوز أن يتزوج امرأ الأب ولا جاريته ولا يوطأ واحدة منهما فلو حكم القاضي بجواز نكاح امرأ الأب كان للقاضي الثاني فسحة اه غاية وكذا اذا قضى بحل مستروك التسمية عمدا لا يصح ويبطله القاضي الثاني لأنه يخالف لنص الكتاب قال تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه اه غاية (قوله فلا ينتقض بما هو دونه) حتى لو قضى بابطاله ثم رفع الى قاض آخر فالثالث ينفذ قضاء الاول ويبطل قضاء الثاني لان قضاء الاول كان في موضع الاجتهاد والقضاء في المجتهدين نافذ بالاجماع فكان القضاء من الثاني مخالفا للاجماع فيكون باطلا اه محيط وكتب مانصه قال الاتقاني والاصل عندما قال الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير ان قضاء القاضي في فصل مجتهد فيه ينفذ لان المسلمين مع اختلافهم اتفقوا على أن قضاء القاضي ينفذ في المجتهدين على من خالف رأيه حسب نفوذه على من وافق رأيه فاذا ن هذا قضاء انعقد الاجماع على نفوذه اه (١٨٨) فرغ

الجمعة وأعادها جازوا ليدرك الخطبة لما ذكرنا ولو استخلف مع ذلك حكم الخليفة فأجاز القاضي جازا إذا كان المستخلف أهلا للقضاء وان كان رقيقا أو محدودا في فذف أو كافر لم يجز وكذا اذا قضى بحضرة القاضي جاز لان مقصود الامام بتوليته حضور رأيه كولو كيل بالبيع أو الشراء اذا وكل غيره فباشرو وكيله بحضرة أو بغيره فأجازه ولو فوض اليه الامام أن يستخلف بأن قال له ول من شئت له أن يولي من شاء فيصيرنا باعنا الامام في التولية حتى لا يملك عزله كولو كيل اذا أذن له الموكل بالتوكيل فوكل صار وكيله عن الموكل حتى لا يملك التوكيل عزله ولا ينزع بكونه ولا ينزع لان بكون الموكل بخلاف الوصي حيث يملك الايصاء الى غيره ويملك التوكيل والعزل في حياته لان أو ان شئت حكمها بعد موت الموصي وقد يجهز الوصي عن الجري على موجب الوصية ولا يمكن الرجوع الى الموصي فيكون الموصي راضيا باستعانة غيره دلاله كي لا تقوت مصالحه بخلاف الامام والموكل لانهم ما يتصرفان بأنفسهم ما فلا تقوتهم ما المصالح ولو فوض اليه العزل بأن قال استبدل من شئت كان له العزل لانه ملكه بالتفويض اليه وهذا لانه نائب عن الامام فلا يملك إلا ما أطلق له لان رضاه بتصرفه لا يدل على رضاه بتوليته غيره لان الناس متساوون في الامانة والتصرف قال رحمه الله (وإذا رفع اليه حكم قاض أمضاء ان لم يخالف الكتاب والسنة المشهورة والاجماع) لانه لا مزية لاحد الاجتهادين على الآخر وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينتقض بما هو دونه ولانه لو لم ينفذ الاول لما نفذ الثاني أيضا وكذا الثالث والرابع الى ما لا يتناهى لاحتمال أن يجيء قاض يرى خلاف ذلك فكان نافذا ضرورية وقد صرح أن عمر رضي الله تعالى عنه لما كثر اشتغاله فقلد القضاء بأبا الدرداء واختصم اليه رجلان فقضى لاحدهما ثم لقي عمر رضي الله تعالى عنه المقضى عليه فسأله عن حاله فقال قضى على فقال عسر رضي الله تعالى عنه لو كنت أنا مكانه لقضيت لك فقال المقضى عليه وما عندك عن القضاء قال ليس هناك عن رأيي مشترك وروى عن عمر رضي الله تعالى عنه أنه قضى في حادثة بتضسمية ثم قضى فيها بخلاف ذلك فقبل له في ذلك فقال تلك كقاضينا وهذه كقاضينا وفي الجامع الصغير ما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك أمضاء فقدمه بكون الثاني يرى خلاف ما حكم به الاول واپس فيما ذكره في الكتاب التقييد

زوجته في ذلك اذا قاض لا يرى حرمة المصاهرة فقضى بالمرأة تزوجها ليس لقاض آخر أن يبطل قضاء الاول بل ينفذه نص عليه الخصاص وذلك لان هذا فصل مختلف فيه لان الصحابة اختلفوا في حرمة المصاهرة بالزنا والعلاء والاحاديث فيها مختلفة فينفذ قضاء الاول فيه بالاجماع ثم هل يحل للزوج المقام معها ينظر ان كان الزوج جاهلا لحل له المقام معها وان قضى بتحريرها فنذ قضاؤه ولا يحل له المقام معها لان المقضى له متى كان جاهلا يتبع رأى القاضي وان كان عالما ينظر ان قضى القاضي بتحريرها والمقضى له يرى حلها فنذ القضاء بالاجماع حتى لا يحصل له المقام معها لان الزوج مقضى عليه

فمتبع في القضاء عليه رأى القاضي وان قضى له بحلها والمقضى له يرى حرمتها هل ينفذ وحاصله أن القضاء اذا كان بخلاف رأى المقضى له هل ينفذ قال أبو يوسف لا ينفذ ويتبع رأى نفسه حتى لا يحل له المقام معها وقال أبو حنيفة ومحمد ينفذ ويتبع رأى القاضي حتى يحل له المقام معها ذكر هذا الخلاف في النوادر وذكر في استحسان الاصل وفي السير الكبير اذا طلقها بالقطعة الكناية فرفع الى قاض وهو يرى الكناية راجع وقد قضى له بالرجعة حل له أن راجعها وان كان رأيه خلاف ذلك ولم يذ كر خلافا فظاهر الرواية ينفذ من غير خلاف لاني يوسف أن القضاء في حق المقضى له فتوى لانه لا الزام عليه لانه يخبر فيه إن شاء راجع وان شاء لم راجع وبالفقوى لا يصير الحلال حراما والياث راجعا كولو شهد شاهدان على رجل أنه قتل ولي هذا عمدا وقضى القاضي له عليه بالقود والولي يعرف أن الشهود شهود وروى لا يحل له أن يقتله فكذا هذا لهما أن القضاء الزام في حق المقضى له من حيث الاعتقاد لانه ألزمه ثبوت اعتقاد الحل والرجعة فصير مقضيا عليه في حق الاعتقاد ان يكن مقضيا عليه في حق الاستيفاء ولهذا لو كان جاهلا ينفذ فكذا اذا كان عالما لان القضاء ملزم في حق الناس كافة بخلاف الفتوى لانه ليس ملزم لان من حيث الاعتقاد ولا من حيث الاستيفاء اه

(قوله فلو قضى في المجتهد فيه مخالفاً لأية ناسب إلى آخره) ولكن بشرط أن لا يكون المجتهد فيه مخالفاً للكتاب أو السنة المشهورة أو الاجماع فإذا كان مخالفاً لاحدها بطله القاضي الثاني لانه وقع باطلا اه اتقاني (قوله لمخالفة الكتاب أو السنة) قال الانقاضي رحمه الله ونظير خلاف السنة المشهورة ما إذا قضى القاضي بالقصاص بالقسماء أعني بحلف المدعي حينئذ وجد قاتل في حقه وكان ثمة عداوة ظاهرة تخلف المدعي على أن فلان قاتله كان له أن يقتص منه في قول مالك وهو قول الشافعي في القديم كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي في شرح أدب القاضي وهذا الحكم ليس بصحيح لمخالفة السنة المشهورة وهو قوله عليه الصلاة والسلام البيعة على المدعي واليمين على من أنكر اه قال في المحيط وقتل بقسماء بان وجد قاتل في محله بينه وبين أهل المحلة عداوة ظاهرة فعين ولي القاتل رجلين في المحلة أنهم ما قتلوه وحلف على ذلك عند مالك يقضى القاضي بالقود فهذا القضاء مخالف للاجماع لان أحداً من الصحابة لم يقض بالقود بالقسماء فلا يكون خلاف مالك معتبراً اه (قوله وذلك مثل القضاء بشاهد وعين) قال في المحيط لان القضاء بشاهد وعين مخالف للكتاب وهو قوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم الآية قاله (١٨٩) تعالى شرع الفصل بالقضاء

بشهادة رجلين أو رجل واحد أو اثنين فكان القضاء بشاهد وعين مخالفاً للكتاب والحديث فيه شاذ لا يجوز العمل به لانه مخالف للكتاب وبخلاف الاجماع أيضاً فانه لم يقض أحد من الصحابة بشاهد وعين الامر وان ابن الحكم وفعله مما لا يؤخذ به فلا يكون هذا محتملاً فلم يعتبر وذكر الشيخ أبو بكر الرازي أن هذا مذهب محمد وأما مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف فيجوز قضاءه ولا ينسخ كذا ذكر الامام النسائي وقال شمس الأئمة السرخسي وهذه المسئلة تنبني على أن الاجماع المتأخر هل يرفع الخلاف المتقدم أم لا فعند محمد يرفع وعند أبي حنيفة

به فيمؤهم أنه إنما يصح إذا كان موافقاً لأية وقالوا بشرطه أن يكون عالماً باختلاف العلماء حتى لو قضى في فصل مجتهد فيه وهو لا يعلم ذلك لا يجوز قضاءه عندنا منهم ولا يصحبه الثاني ذكره في النهاية معزى إلى المحيط وقال فيه شمس الأئمة هذا هو ظاهر المذهب فلو قضى في المجتهد فيه مخالفاً لأية ناسب المذهب نفذ عند أبي حنيفة وان كان عامداً ففيه روايتان في رواية ينفذ لانه ليس بخطأ بيقين وفي أخرى لا ينفذ لانه خطأ عنده وقد نهى عن اتباع هوى غيره بقوله تعالى ولا تتبع أهواءهم وعندهم لا ينفذ في الوجهين وعليه الفتوى وقيل الفتوى على النفاذ ذكره في الكافي ثم شرط أن لا يكون مخالفاً لما ذكره من الأدلة ولو كان مخالفاً لها نقضه الثاني لان الاجتهاد على خلاف هذه الأدلة غير سائغ فيمنقض به وقيد بالسنة المشهورة احتراماً للغرب والمراد بالاجماع ما ليس فيه خلاف يستند إلى دليل شرعي فحاصله أن الذي قضى به الأول لا يخلو من أربعة أو خمسة أو يكون موافقاً للدليل الشرعي كالكتاب والسنة والاجماع فلا كلام فيه وإنما أن يكون مخالفاً فيه اختلافاً يستند كل واحد إلى دليل شرعي فكذلك حكمه لا يتعرض له بنقض بعد ما حكم به حاكم مثاله إذا رفع إلى حاكم من أصحاب الشافعي رحمه الله اليمين بالطلاق المضاف فأبطل اليمين نفذ ولا يقع الطلاق بتزوجه بعده والاحسن أن يقول أبطلت اليمين ونقضت هذا الطلاق وإنما أن يكون الخلاف في نفس القضاء ففيه روايتان في رواية لا ينفذ ذكره الخصاص وهو الصحيح لان محل الخلاف لا يوجد قبل القضاء فإذا قضى حقيقته وجد محل الاختلاف والاجتهاد فلا بد من قضاء آخر يرجح أحدهما وذلك مثل القضاء على الغائب وللغائب وقضاء المحدود في القذف وشهادته بعد التوبة وقضاء الفاسق وشهادته قبل التوبة حتى لو قضى على الغائب أو قضى الفاسق أو المحدود في الأصح لا ينفذ الا إذا رفع إلى حاكم آخر فقضى بصحة حكمه فحينئذ يلزم ولو فسخته انفسخ لان الخلاف في نفس القضاء فقبل القضاء لم يوجد محله وإنما أن يكون مخالفاً للدليل الشرعي وهو النوع الرابع فانه لا ينفذ قضاءه ولا ينفذ بتنفيذ قاض آخر ولو رفع إلى حاكم ونفذ لان قضاءه وقع باطلا لمخالفة الكتاب أو السنة أو الاجماع فلا يعود صحيحاً بالتنفيذ وذلك مثل القضاء بشاهد وعين أو بالقصاص بتعيين الولي واحداً من أهل المحلة وعينه أو بصحة تكاح المتعة

وأبي يوسف لا يرفع هكذا ذكر في شرح أدب القاضي يعني أن الصحابة اختلفوا في جواز بيع أمهات الاولاد وروى عن علي أنه قال اجتمع رأيي ورأي عمر في أمهات الاولاد أنهم لا يبيعن ثم رأيت بعد ذلك أن أرقهن فقال عبيدة السلماني رأيك في رأي عمر أحب إلى من رأيك وحديثك ثم أجمع التابعون على عدم جواز بيع أم الولد فكان قضاء القاضي بجواز البيع مخالفاً للاجماع فيسقطه الثاني عند محمد وعندهم ما لم يرتفع الخلاف المتقدم بين الصحابة بالاجماع التابعين كان قضاء القاضي في فصل مختلف فيه فلا يفسخه الثاني وقال القاضي أبو زيد في آخر فصول الاجماع من كتاب التقويم ان محمد بن الحسن روى عنهم جميعاً أن القاضي إذا قضى ببيع أم الولد لم يحز وذكر عن أبي يوسف في النوازل انه لا ينفذ القضاء اه (قوله أو بصحة تكاح المتعة) قال في المحيط أو قضى قاض بعتعة النساء في الكاح إلى أجل ثم رفع إلى قاض آخر لم ينفذه لان هذا القضاء مخالف للاجماع فان الصحابة أجمعت على فساده وصح رجوع ابن عباس عنه وروى عن عائشة أنها منسوخة نسختها آية الطلاق والعمل بالنسوخ حرام وروى عن أبي يوسف أن القضاء بالمتعة نافذ لكن هذا شاذ لا يعمل به وهذا في لفظ المتعة بان قال أتمتع بك إلى أجل فاما إذا قال تزوجتك إلى شهر عندنا بطل النكاح وعند زفر يصح ويبطل التوقيت فكان هذا موضع الاجتهاد اه

(قوله أو ببيعة بيع عبد معتق البعض) قال في المحيط لأن هذا القضاء مخالف لأجماع الصحابة فإن الصحابة اتفقوا أنه لا يجوز استدامة الرق فيه لكن اختلفوا قال بعضهم يخرج إلى العتق بالسعاية والبعض ذهب أبو حنيفة وقال بعضهم يعتق كله والبعض ذهب أبو يوسف ومحمد اه (قوله أو بحل المطلقة ثلاثا لا لأول قبل أن يدخل بها الثاني) لأنه مخالف للسنة المشهورة وهي حديث العسيلة اه غاية (قوله أو ببيع أم الولد من هذا القبيل) قال الاتقاني ونظير خلاف الأجماع ما إذا قضى بجواز بيع أم الولد كان للقاضي الثاني أن ينتقضه كذا ذكرنا تصانيف في أدب القاضي وذلك لأنه مخالف لأجماع التابعين اختلف الشافعي فيه اه (قوله في المتن ظاهر أو باطنا) قال الاتقاني والمراد بنفاذ الحكم ظاهرا أن ثبت فيما بيننا مثل ثبوت التمكين والنفقة والقسم وغير ذلك والمراد من نفاذه باطنا ثبوت الملك والحل فيما بينه وبين الله تعالى ثم ينبغي لنا أن تعلم أن النفاذ ظاهر أو باطنا فيما إذا كان الدعوى بسبب معين كالبيع والنكاح لأن في الأملاك الرسالة أي المطلقة لا ينفذ باطنا بالاتفاق فإنه لا يمكن إثبات الملك بدون سبب وفي الأسباب كثيرة فتعذر تعيين سبب الأثرى إلى ماذ كرفي خلاصة الفتاوى وأجمعوا أن في الأملاك الرسالة أي المطلقة لا ينفذ ظاهر أو باطنا وأجمعوا أن الشهود ولو ظهر واعبيدا أو محدودين في قذف أو كفارة ينفذ ظاهر أو باطنا وأجمعوا أنه لو أقر بالاطلاق الثلاث ثم أنكر وحلف وقضى له بها لا يحل له وطؤها إلى هنا لفظ الخلاصة اه وكتب ما نصه أعرض بأن قضاء القاضي ينفذ باطنا في الطلاق وهو ليس بعقد ولا فسخ ولا هذا يفرده الزوج فينبغي أن يقال كل شيء قضى به (١٩٠) القاضي في الظاهر فهو في الباطن كذلك إذا كانت الدعوى بسبب معين لأن

والموقت أو ببيعة بيع عبد معتق البعض أو بلزوم من متروك التسمية عمدا أو بجواز نكاح الجدة أو امرأه الجدة أو بسقوط الدين بضي سنين أو بجواز بيع جنين ذبحت أمه ومات في بطنها أو بحل المطلقة ثلاثا لا لأول قبل أن يدخل بها الثاني أو بإبطال عفو المرأة عن القود أو بعدم وقوع الطلاق الثلاث جلة أو بعدم وقوع الطلاق على حبل أو حائض أو قبل الدخول كل ذلك لا ينفذ فيه حكم الحاكم لوقوعه باطلا ولا ينفذ بالتفويض وبيع أم الولد من هذا القبيل عند محمد رحمه الله حتى لو قضى بجوازه لا يجوز وعندهما يجوز وأصل الخلاف فيما إذا وقع الخلاف في قضية في عصر ثم أجمع العلماء على أحد القولين في عصر آخر بعدهم هل يرتفع الخلاف المتقدم أم لا فعنده يرتفع فلم يعتبر خلاف المتقدم وعندهما لا يرتفع فيكون خلافه باقيا على حاله وقال شمس الأئمة يرتفع به بلا خلاف وإنما ينفذ حكم الحاكم فيه عندهما لأن هذا الأجماع ضعيف فينفذ قضاء القاضي بخلافه لضعفه قال رحمه الله (وينفذ القضاء بشهادة الزور في العقود والفسوخ ظاهرا وباطنا في الأملاك الرسالة) أي الأملاك المطلقة وهي التي لم يذكريسبها معينا وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه وهو قول أبي يوسف رحمه الله أو لا ثم رجع عنه فقال لا ينفذ الظاهر أو هو قول محمد والشافعي رحمه الله لهم أن شهادة الزور حجة ظاهرا لا باطنا فصارت كالأشهاد وعبيدا أو كفارا أو محدودين في قذف وكذا إذا قضى بنكاح لرجل على امرأة وهي منكوبة الغير أو معتدة وكفى الأملاك الرسالة ولنا قول على رضي الله عنه لتلك المرأة شاهدك زوجك ولأن القضاء لقطع المنازعة بينهما من كل وجه فلو لم ينفذ باطنا

القضاء في الأملاك الرسالة لا ينفذ باطنا اتفاقا حتى لا يحل للقاضي له وطؤها اه (قوله فقال لا ينفذ في الظاهر) وهو قول محمد والشافعي وجه قولهم أن تصحیح القضاء على وفاق الحجة وهذه الحجة باطلة لأن الشهود كذبت والكذب باطل فلا ينفذ القضاء باطنا ولكن العدالة الظاهرة دليل الصدق ظاهرا فاعتبرت حجة من حيث وجوب العمل ظاهرا فأما ثبوت حقيقة التنفيذ فمتنع لانعدام دليله وهو الحجة الصحيحة

وجه قول أبي حنيفة أن حجة القضاء قامت وافترض على القاضي العمل بها بحيث لو امتنع عن ذلك يأثم لأن حقيقة الصدق ساقطة العبرة في حق القاضي وجوب العمل به لأنه لا طريق إلى ذلك فصارت ساقطة العبرة وبقيت العبرة لدليل الصدق من حيث الظاهر وهو العدالة فإذا وجد فقد قام دليل أوجب الشرع العمل به بمنزلة الاجتهاد يكون حجة في حق وجوب العمل به فإذا بنى القاضي القضاء على ما جعل في الشرع دليل لا يجب صون قضائه عن البطلان ما أمكن لأنه صدر منه بأمر الشرع مضافا إليه قال تعالى وأن أحكم بينهم عما نزل الله وقال تعالى من ترضون من الشهداء فإذا قضى بما رضى من الشهداء فقد قضى بأمر الله تعالى فوجب أن ينفذ قضاؤه في الظاهر والباطن جميعا اه وكتب ما نصه قال الاتقاني وصورة القضاء في العقود كثيرة منها إذا ادعى على امرأة نكاحا وهي تجحد وأقام عليها شاهد زور وقضى القاضي بالنكاح بينهما حل الزوج وطؤها وحل للمرأة التمكين عنده وعندهما لا يحل لهما ذلك وكذا إذا ادعت نكاحا على رجل وهو يجحد ومنها إذا قضى بالبيع بينهما بشهادة الزور وهو على وجهين إما أن تكون الدعوى من جانب المشتري بأن يدعى على غيره أنك بعت مني هذه الجارية والآخر أن يكون من جانب البائع بأن قال اشتريت هذه الجارية يحل للمشتري وطؤها في الوجهين وصورة القضاء في الفسوخ كثيرة أيضا منها إذا ادعى أحد المتبايعين فسخ العقد وأقام بينة زور ففسخ القاضي يحل للبائع وطء الجارية ومنها إذا ادعت على زوجها أنه طلقها ثلاثا وأقام بينة زور وقضى القاضي بالفرقة وتزوجت بزوج آخر بعد انقضاء العدة يحل للزوج الثاني الوطء ظاهرا وباطنا كذا في الذخيرة البرهانية اه

كان

(قوله والنكاح) وانما ينفذ القضاء بشهادة الزور اذا كان مهر المثل لان النكاح بدون مهر المثل ليس في ولاية القاضي فلا يملك انشاء اه
(قوله وفي الهبة والصدقة روايتان) قال في المحيط ولو اقام بنسبة زور على (١٩١) رجل أنه وهب منه هذه الجارية

أو تصدق بها عليه وقبضها منه وهو في يده بغير حق لا ينفذ قضاءه باطنا عندهما وهل ينفذ عند أي حنيفة عنه روايتان في رواية ينفذ كما في الشراء والنكاح لان السبب عين بدعيه المدعي وأمكن القضاء بالملك بالسبب وفي رواية لا ينفذ وفي رواية الخصم كافي الاملاك الرسالة اه (قوله لانه يحتمل أن يقر الخصم ويحتمل أن ينكر) بل الظاهر منه الاقرار لان المدعي صادق ظاهرا لوجود دينه وعقله الصارقين عن الكذب الداعمين إلى الصدق فاذا كان المدعي صادقا لا ينكر المدعي عليه لانه لا يترك الصدق لدينه وعقله فاذا كان الظاهر من حاله الاقرار لا يقضي بالبينه اه غاية (قوله وأحكامهما مختلفة) فحكم القضاء بالبينه أن يجب الضمان على الشهود عند الرجوع ويظهر في الروايد المتصلة والمنفصلة وحكم القضاء بالاقرار خلاف ذلك اه غاية (قوله وان الجهل به يمنع القضاء) وقد تقدم عند قوله واذ رفع إليه حكم قاض أمضاه أنه شرط فلينظر اه قوله عند قوله يعنى في المتن الذي تقدم (قوله وكان

كان تعهدا للمنازعة بينهما وقد عهدا نفوذ مثل ذلك في الشرع ألا ترى أن التفريق بالعنان ينفذ باطنا وأحدهما كاذب يفسين وكذا اذا اختلف المتبايعان وتحالفا يفسخ القاضي بينهما البيع فينفذ القضاء باطنا حتى يحل للبائع وطء الجارية المبيعة فكذا في كل الفسوخ وانما قدود لا ترد علينا ما ذكره ولا نأخذ بحكم الحاكم انشاء وشرطه أن يكون المحل قابلا فاذا كانت تحت زوج أو كانت مستعدة لا يقبل الانشاء وانما لا يشترط الشهود في النكاح لانه ثبت مقتضى في ضمن صحة القضاء وما ثبت اقتضاء لا يراعى فيه شرائطه وشهادة العبيد ونحوهم ليس بحجة أصلا بخلاف الفساق على ما عرف في موضعه ولانه يمكن الوقوف عليهم فلم تكن شهادتهم حجة وانما لا ينفذ باطنا في الاملاك الرسالة لان في أسباب الملك تراخا وليس تعيين البعض أولى من البعض وثابت الملك مطلقا بغير سبب ليس في وسع البشرف تعيين الالغاء بخلاف ما اذا ادعى سببا معينا كالبيع والشراء والجاره والنكاح والاقالة والفرقة بالطلاق أو غيره وفي الهبة والصدقة روايتان وكذا في البيع بأقل من قيمته في رواية لا ينفذ باطنا لان القاضي لا يملك انشاء التسريعات في ملك الغير والبيع بأقل من قيمته تبرع من وجه وفي رواية ينفذ لان النفوذ في ضمن صحة القضاء فلا يشترط فيه شرائطه ولا يختص بحل ولان البيع بأقل من القيمة ليس بتبرع ألا ترى ان المكاتب والعبد المأذون على كونه واذا ادعت المرأة أن زوجها أبانها بثلاث أو بواحدة ففجد الزوج خلفه القاضي خلفا ان علمت ان الامر كما قالت لا يسعها الاقامة معه ولا أن تأخذ من ميراثه شيئا وهذا لا يشكل فيما اذا كان الطلاق ثلاثا بالطلان المحلية لان انشاء قبل زوج آخر وفيما دون الثلاث مشكل لانه يقبل انشاء النكاح فينبغي أن يثبت الانشاء على قبول أي حنيفة رحمه الله وجوابه أن يقال ان الانشاء انما يثبت اذا قضى القاضي بالنكاح وهما لم يقض به لا اعتراف الزوجين بالنكاح الا أن المرأة ادعت الفرقة بينهما وعجزت عن اثباته عند الحاكم فبقي ما كان على ما كان فلم يمتنع القاضي الى القضاء بالنكاح قال رحمه الله (ولا يقضى على غائب الا أن يحضر من يقوم بمقامه كالوكيل والوصي أو يكون ما يدعى على الغائب سببا لما يدعى على الحاضر كمن ادعى عينا في يد غيره أنه اشتراه من فلان الغائب) وقال مالك والشافعي يجوز القضاء على الغائب وان لم يحضر من يقوم مقامه لانه عليه الصلاة والسلام قضى لهندا مرأة أبي سفيان بالنفقة وأبوسفيان غائب فقال لها خذي من مال أبي سفيان ما يكفيلك وولدك وقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي مطلقا من غير اشتراط حضور خصم ولان الحاجة وجدت على التمام وهي البينة وهي مينة كالحاجة للقضاء بها كما اذا كان الخصم حاضرا ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لعلى رضى الله عنه لا تقض لاحد الخصمين حتى تسمع كلام الآخر فانك اذا سمعت كلام الآخر علمت كيف تقضى رواه أحمد وأبو داود والترمذي بعينه ولان القضاء لقطع المنازعة ولا منازعة هنا لعدم الانكار فلا يصح ولان وجه القضاء يشبه في هذه الحالة لانه يحتمل أن يقر الخصم ويحتمل أن ينكر وأحكامهما مختلفة فانه بالاقرار يقضى بالبينه بتعدي فلا يجوز مع الاستثناء ألا ترى انه عليه الصلاة والسلام قال فانك اذا سمعت كلام الآخر علمت كيف تقضى فهذا دليل على أن العلم بوجه القضاء شرط لصحة القضاء وأن الجهل به يمنع القضاء وانه لا يرتفع الا بكلامهما ولان البينة لا تكون حجة الا اذا عجز المسكر عن الطعن في الشهود ومع غيبته لا يتحقق عجزه فلا يكون حجة ولا حجة لهما في حديث هندا لانه لم يكن قضاء وانما كان فتوى أو اوعانة لها على أخذ مالها ألا ترى انها لم تدع الزوجية ولم تقم البينة وكان عليه الصلاة والسلام عالما بانها امرأته ولم يكن على وجه القضاء أصلا وكذا قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي ليس لهما فيه حجة بل هو حجة لنا لان البينة اسم لما يحصل به البيان وليس المراد البيان في حق المدعي ولا في حق القاضي لان المدعي عالم بحقه والقاضي

عليه الصلاة والسلام عالما بانها امرأته ولم يكن على وجه القضاء أصلا) ومما رجحه وقوع الاستفهام في القصة في قولها هل على جناح وأنه عليه السلام فوض اليها تديرا الاستحقاق ولو كان قضاء لم يفوضه إلى المدعي ولانه لم يستحقها على ما ادعت ولا كلفها البينة اه

(قوله ولو أقر عند الحاكم فغاب الخ) قال في الدراية في باب الاستحلاف ولو أقر وغاب قضى عليه لأن ذلك قضاء عانة ولو أقيم البيعة فلم تزل غائب المشهود عليه فزكيت لا يقضى عليه حال غيبته في ظاهر الرواية لأن له حق الجرح في الشهود اهـ (قوله أحدهما أن يكون ما يدعيه على الحاضر والغائب (١٩٣) شيئا واحدا مثل أن يدعي الخ) وفي هذا القسم ثلاث مسائل وقد ذكرها الشارح اهـ

(قوله وأقام الخارج البيعة) أنه اشتراها من فلان الغائب أي وهو عليها فانه يقضى بها في حق الحاضر والغائب لأن المدعي شيء واحد وهو الدار اهـ وأيضا فادعاء على الغائب في هذه الصورة وهو الشراء سبب لثبوت ما يدعي على الحاضر لأن الشراء من المسالك سبب لاحتمال الملكية اهـ (قوله فأقام المدعي البيعة أنه اشتراها من فلان الغائب) أي بألف درهم وهو عليها وأنه شفعيها يقضى بالشراء في حق ذي اليد والغائب جميعا اهـ غايه (قوله حتى إذا حضر الغائب لزومه) أي ولا يلتفت إلى إنكاره اهـ (قوله والثاني) أي النوع الثاني اهـ وكتب مائه ومساؤه ثلاث أيضا اهـ (قوله فيجب عليه ثمانون سوطا) أي فتقبل هذه البيعة ويقضى بالعقق في حق الحاضر والغائب جميعا حتى لو حضر الغائب وأمكن العقق لا يلتفت إلى إنكاره وإن ادعى شيئين مختلفين لأنه ادعى على الحاضر حدا كاملا وعلى الغائب عققا

بأن له بكلام المدعي إذا لم يكن له منازع فتعين أن يكون في حق الخصم وكذا لو أقام المدعي البيعة على خصم حاضر وزكيت ينته ثم غاب المدعي عليه لا يقضى عليه حتى يحضر هو أو من يقوم مقامه فيقضى عليه بتلك البيعة من غير إعادة أو كذا إذا غاب قبل التزكية ولو أقر عند الحاكم فغاب قبل أن يقضى عليه قضى عليه وهو غائب لأن له أن يطعن البيعة فيبطل به دون الإقرار وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يقضى بالبيعة أيضا من يقوم مقامه قد يكون باتباعه أو باتباع الشرع كالوصي من جهة القاضي وكلاهما ظاهر وقد يكون حكما وذلك بأن يكون ما يدعيه على الغائب سببا لما يدعيه على الحاضر وهو نوعان أحدهما أن يكون ما يدعيه على الحاضر والغائب شيئا واحدا مثل أن يدعي دارا في يدانسان وأنكر ذواليد وادعى أنه كراهم ملكه وأقام الخارج البيعة أنه اشتراها من فلان الغائب أو ادعى في دار في يدانسان شفعة لأن ذاليد اشتراها من فلان وقال ذواليد الدار داري لم اشتراها من أحد فأقام المدعي البيعة أنه اشتراها من فلان الغائب أو ادعى على شخص ديناً على أنه كفيل عن الغائب بأمره فأقر الحاضر بالكفالة وأنكر الدين فأقام المدعي البيعة أن له على الغائب ألف درهم تقبل ينته في هذه الصور كلها وثبت الحق على الغائب والحاضر حتى إذا حضر الغائب لم يمه ولا يحتاج لاعادة البيعة والثاني أن يكون ما يدعيه عليه مما يثبت مثل أن يدعي القاذف أنه عبد فلان فيجب عليه أربعون سوطا فأقام المدعي البيعة أن مولاه الغائب قد اعتقه فيجب عليه ثمانون سوطا وقال المشهود عليه الشاهدان عبدان فأقام المدعي البيعة أن مولاهما أعتقه ما هو عليه فكما فان ينته تقبل وثبت الحق على الغائب لأن الحقين كشئ واحد إذا لايثبت أحدهما عن الآخر لأن ولاية الشهادة لا تنفك عن الجز واحد آخر لا ينفك عن الآخر وكذا لو أقام أحد الوليين البيعة أن شريكه الغائب عفا عن القود وقال انقلب نصبي ما لا تقبل وان كان أحد الحقين ينفك عن الآخر لا تقبل في حق الغائب وتقبل في حق الحاضر مثل أن يدعي رجل أنه وكيل الغائب يتقل أمر أنه أو عبده اليه فأقامت المرأة أو العبد دينة أنه أعتقه أو طلقها فأنها تقبل في حق قصر البعد عنها فلاس الوكيل أن ينقلها ولا يقبل في حق وقوع الطلاق والعقق فلا يقبلان وكذا لو اشترى رجل جارية ثم ادعى أن مولاهما زوجهما من فلان الغائب وأراد ردها بعيب الزواج لا يقبل منه لاحتمال أنه طلقها وزال العيب ولو كان ما يدعيه على الغائب شرطا لما يدعيه على الحاضر ينظر فان كان الغائب يتضرر بالشرط لم تقبل ينته على الحاضر والغائب مثل أن تقول المرأة لزوجها إنك علق بطلاق فلان الغائب زوجته ثلاثا وأقامت بيعة أن فلانا طلق زوجته ثلاثا لم تقبل ينته لأنه يتضرر بذلك وان كان لا يتضرر تقبل بأن قالت علق بطلاق بدخول فلان الغائب الدار فأقامت بيعة أنه دخل الدار تقبل لأنه لا ضرر عليه ومن المتأخرين من قال في الشرط أيضا تقبل مطلقا كافي السبب منهم على البردوى لأن دعوى المدعي كما تتوقف على السبب تتوقف على الشرط أيضا قال رحمه الله (ويقرض القاضي مال اليتيم ويكتب الصدك الوصي والاب) لأن القاضي يقدر على تحصيل المال من المستقرض والوصي والاب لا يقدران على ذلك فيضمنان باقراض مال الصغير وهذا لأن الأقرض تبرع ألا ترى أنه لا يجوز التأجيل فيه كسائر التبرعات فلا يمكنه ولا به باقراضهما يكون على شرف التبرع بأن يجحد المستقرض على عمر الزمان وترد شهوده لأن كل مستقرض غير مؤتمن ولا كل شاهد مقبول ولا كل قاض عادل بخلاف اقراض القاضي

لكن لما كان العقق سببا لثبوت ما يدعي على الحاضر لأن تكميل الحد لا ينفك عن العقق بحال حيث فيدعي بالبيعة في حق الغائب والحاضر جميعا اهـ غايه (قوله وكذا لو أقام أحد الوليين البيعة الخ) قال في غايه البيان والثالثة رجل قتل رجلا عدا وله وليان غاب أحدهما وادعى الحاضر على القاتل أن الغائب عفا عن نصيبه فانقلب نصبي ما لا وأنكر القاتل فأقام المدعي البيعة على ذلك تقبل ويقضى بها على الحاضر والغائب جميعا

باب التحكيم

(قوله لما كان المحكم من أنواع الحكم ذكره في كتاب القضاء) أي إلا أنه آخر ذكره لأن حكمه أدنى حالا من حكم القاضي وله عذا إذا خالف حكمه مذهب القاضي الذي انتهى إليه أبطله ولهذا لا يجوز حكمه في الحدود والقصاص بخلاف حكم القاضي فإن القاضي ينفذ حكمه إذا لم يكن مخالفا لنص الكتاب والسنة المشهورة والاجماع ويجب وحكم القاضي في الحدود والقصاص ولا يجوز حكم المحكم فيهما ويجوز حكم القاضي رضي الخصم أم لا ولا يجوز حكم المحكم إلا بعد رضا الخصمين يقال حكمه أي فوض الحكم إليه اه غايه (قوله وكذا لا ولاية لهما على العائلة) يعني لو حكمه في دم خطأ ففوض بالدية على العائلة أو على القاتل في ماله لا يجوز اه (قوله والاول ذكره الخصاف) وهو الصحيح اه غايه (قوله لانا نقول) أي نقول يجوز أن لا يثبت العقد بالاتفاقهما ثم ينفرد أحدهما بالفسخ كفي المضاربة والشركة اه غايه

حيث يكون الاقراض أحسن تصرف في حقه لأن القاضي كثير الاشتغال فلا يمكنه أن يباشر الحفظ بنفسه ولا يتدفعه إلى أمينه ودفعه إليه بطريق القرض أنظر البتيم لأنه يكون مضمونا عليه والوديعة أمانة إن هلكت تملك بغير شيء ويؤمن التوى بمجود المستقرض لكونه معلوما للقاضي ولكونه لا يقرضه لثباته ومعرفته بأحوال الناس الأمن أمين يؤمن ولا يخاف منه الجود وإنما يكتبه في الصلح ليحفظه لأنه لا كثرة اشتغاله يخاف أن ينساه قال شمس الأئمة في الابروايتان أظهره ما أنه ليس له أن يقرض والمعنى ما بينا وليس له أن يأخذ مال ولده الصغير فريض نفسه فصار روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقيل له ذلك ثم ينبغي للقاضي أن يتفقد أحوال الذين أقرضهم مال الاتمام حتى لو اخل أحد منهم أخذ منه المال لأن القاضي وإن كان قادرا على الاستخلاص لكن لا غاية درمن الغنى لامن الفقير ألا ترى أنه ليس له أن يقرض المعسر ابتداء فكذلك ليس له أن يتركه عنده انتهوا والله أعلم بالصواب

باب التحكيم

لما كان المحكم من أنواع الحكم ذكره في كتاب القضاء وهو جائز بالكتاب والسنة واجماع الامة أما الكتاب فقوله تعالى فابعدوا حكمكم من أهله وحكمكم من أهلها نزلت في تحكيم الزوجين وأما السنة فاروى أنه عليه الصلاة والسلام تركهم على حكم سعد بن معاذ في بني قريظة وعليه اجماع الصحابة رضي الله عنهم فأمرهم الله (حكموا جلالا ليحكم بينهم ما فيكم بينة أو أقرارا وتكول في غير حد وقودية على العاقلة صرح لوصح المحكم قاضيا) لما تلونا وروينا ولان لهما ولاية أنفسهم أفصح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما لانه بمنزلة الحاكم في حقهما وشرط أن يكون حكمه بالبينة أو الأقرار أو التكول لانه يكون موافقا لحكم الشرع وشرط لانه وذكركم أن يكون في غير حد وقودية على العاقلة لان تحكيمهما بمنزلة الصلح بينهما وليس لهما ولاية على دمه ما ولهذا لا يمكن أن يباحته وكذا لا ولاية لهما على العاقلة فلا ينفذ حكم من حكمه على عاقلة ولا على القاتل لعدم التزام العاقلة حكمه وان يكونه مخالفا لحكم الشرع لان الدية تجب على العاقلة لا على القاتل ولو ثبت القتل باقراره أو ثبت جراحته ببينة وارشم أقل مما تتحمله العاقلة خطأ كانت الجراحة خطأ أو عمدا أو كان قدر ما تتحمله ولكن الجراحة كانت عمدا لا توجب القصاص فنفذ حكمه عليه لان العاقلة لا تعقله وأجاز في المحيط التحكيم في القصاص لانه من حقوق العباد والاول ذكره الخصاف وشرط أن يكون صالحا للقضاء لانه بمنزلة القاضي فيما بينهما فمشتراط فيه ما يشترط في القاضي حتى لو حكم كافرا أو عبدا أو مجنونا أو محدودا في قذف أو صلبا لا يجوز لانه لا يصلح قاضيا لعدم أهلية الشهادة فكذلك الحكماء كالأمر أهواز كافي القضاء لانهم ما أهل للشهادة وكذا الكافر في حق الكافر لانه أهل للشهادة في حقه وكذا يجوز تقليده القضاء ليحكم بين أهل الذمة قال رحمه الله (ولكل واحد من المحكمين أن يرجع قبل حكمه) لأنه مقلد من جهته ما كان لهما عزله قبل أن يحكم بينهما كما أن المقلد من جهة الامام له أن يعزله قبل أن يحكم بين الناس ولا يقال ان التحكيم ثبت بتراضيهما فوجب أن لا يصح عزله بالاتفاقهما لانا نقول التحكيم من الامور الجائرة من غير لزوم فليس تبدأ أحدهما بنقضه كافي المضاربات والشركات والوكالات قال رحمه الله (فان حكمكم لهما) لان حكمه صدر عن ولاية شرعية عليهما كالقاضي اذا حكم لزم ثم بالعزل لا يبطل حكمه فكذلك هذا ولأن حكمه لا يكون دون صلح جرى بينهما بتراضيهما وفيه لا يكون لاحدهما أن يرجع عنه بعد تمامه فهذا أولى قال رحمه الله (وأما القاضي حكمه ان وافق مذهبه) يعني اذا رافعا حكمه اليه وتما كما عنده نفذته وان وافق مذهبه لانه لا فائدة في نقضه ثم ابراهمه ثم فائدة هذا الامضاء أن لا يكون لقاض آخر يرى خلافه نقضه اذا رفع اليه لان امضاء بمنزلة قضائه ابتداء ولولم يعضه لنقضه قال رحمه الله (والأبطاله) أي ان لم يوافق مذهبه أبطله لان حكمه

(قوله لان الولاية قائمة وان أخبر بالحكم لا يقبل) قال الاتفاقى رحمه الله قوله ولو أخبر باقرار أحد الخصمين أو بعدالة الشهود وهما على تحكيمهما يقبل قوله أى قول (١٩٤) المحكم ذكره تفرعاً على ما تقدم يعنى اذا قال المحكم لاحد الخصمين قد أقررت

عندى بكذا أو قال قامت
البنية عليك والزمتك
بالحكم وأنكر المقتضى
عليه أن يكون أقر
فالحكم ماض عليه لان
له أن ينقض التحكيم مادام
في المجلس والمجلس باق
فاذا قال حكمت صدق وان
قال المحكم كنت حكمت
بكذا لم يصدق لانه اذا حكم
صار معزولاً ولا يقبل قول
المعزول انى حكمت عليه
بكذا ولانه لما قام من مجلسه
صار قضاؤه كالمقتضى بعد
العزل اذا قال قضيت بكذا
لا يصدق كذا هذا اه
(قوله فهذا هو الحرف وان
كان ميتاً لم يجز) قال
قاضيخان في كتاب الدعوى
في فصل من يجوز قضاء
الناسى له ويجوز قضاء
القاضى لامرأته بعد
ما ماتت امرأته ولا يجوز ان
كانت امرأته حية وكذا
لو قضى لامرأة أبيه بعد
ما مات الاب جاز وان كان
الاب في الاحياء لا يجوز اه

باب مسائل شتى

(قوله في المتن لا يتد) وتد
الوند يتد اذا ضرب به من باب
ضرب اه اتفاقى (قوله
في المتن ولا ينقب كوة)
بفتح الكاف اه اتفاقى
(قوله وهذا عند أبى
حنيفة) أى لغير رضا
صاحب العلو اه فتح

لا يلزم لعدم التحكيم من جهته بخلاف ما ذارفع اليه حكم ما كم حيث لا يبطله وان خالف مسنده
الا أن يخالف الكتاب أو السنة أو الاجماع على ما تقدم لان المولى من جهة الامام له ولاية على الناس كافة
لان مقدمه له ولاية على الناس كافة فكان نائباً له فيكون قضاؤه حجة في حق الكل فلا يمكن أحداً من
نقضه بحكم الامام نفسه بخلاف المحكم لانه باصطلاح الخصمين فلا يكون له ولاية على غيره ما ولا يلزم
القاضى حكمه بمنزلة اصطلاحهما في المجتهدات حتى كان له نقض اصطلاحهما اذا رأى خلاف ذلك
فكذا هذا وهذا لانه أعطى له حكم القاضى في حقهما حتى اشترط فيه شرائط القضاء وفي حق غيرهما
كواحد من الرعايا وقال ابن أبى ليلى هو بمنزلة المولى من جهة الامام حتى لا يكون لاحد أن ينقض حكمه
ما لم يخالف الدليل الشرعى وجوابه ما بينا ولو أخبر بهذا المحكم باقرار أحد الخصمين أو بعدالة الشهود
وهما على حالهما يقبل قوله لان الولاية قائمة وان أخبر بالحكم لا يقبل لان قضاء الولاية هكذا ذكر صاحب
الهداية وقال في النهاية يعنى لو قال المحكم بينهما لا أحدهما قد أقررت عندى لهذا بكذا وكذا أو قامت
عندى بنية عليك بكذا وكذا فعدلوا وقد أئزمتك ذلك وحكمت عليك به لهذا وأنكر المقتضى عليه أن يكون
قد أقررت به شئ أو قامت عليه بنية شئ نفذ الحكم عليه لان المحكم يملك انشاء الحكم عليه بذلك
فملاك الاقرار كالمقتضى المولى اذا قال في حال قضائه لانسان قضيت عليك لهذا باقرارك أو ببينة
قامت عندى بذلك فانه يصدق في ذلك ولا يلتفت الى انكار المقتضى عليه فكذا هذا وقال في المحيط
حكم ارجل مادام في مجلسه وقال المحكم بينهما وقال المحكم حكمت فالحكم ماض صدق مادام في مجلسه لانه
حكى ما يملك استئنافه في ملك الاقرار به وجعل اقراره كانشاء الحكم ولا يصدق بعده لأنه لا يملك انشاء
الحكم ولا يملك الاقرار به وقال فيه المحكم اغايب عن الحكومة باحد اسباب ثلاثة اما بالعزل أو
بانتفاء الحكومة نهائياً بان كان مؤقفاً ففى الوقت أو بخروجه من أن يكون أملاً للشهادة بان عمى
أو ارتد أو العياذ بالله تعالى وان لم يلحق بدار الحرب ولو غاب أو أغشى عليه وبرئ منه أو قدم من سفره
أو حبس كان على حكمه لان هذه الاشياء لا تبطل الشهادة فلا تبطل الحكومة وكذا لولى القضاء ثم عزل
عنه فهو على حكمه لان العزل لم يوجب من جهة المحكمين وانما وجد من جهة الوالى وولاية الحكومة
مستترة فادع من جهة المحكمين لان جهة الوالى وكذا لو حكم بينهما في بلد آخر جاز لان التحكيم حصل
مطلقاً فكان له الحكومة في الاماكن كلها ولو حكم ارجلين جاز ولا بد من اجتماعهما حتى لو حكم
أحدهما دون الآخر لا يجوز لانهم مرضيا برأيهما لا برأى أحدهما والله أعلم بالصواب قال رحمه الله
(و بطل حكمه لا بوبه وولده موز وجته حكم القاضى بخلاف حكمه عليهم) أى يبطل حكم المحكم لهؤلاء
كما يبطل حكم الخباكم لهم بخلاف حكمه عليهم لانه يتم بحكمه لهم فيبطل دون حكمه عليهم وهذا
كالشهادة حيث لا يجوز لهم ويجوز عليهم لما ذكرنا ويجوز أن يقضى لأبى امرأته وأمه وكذا للمرأة
ابنه أو لزوجه ابنته اذا كان المقتضى له بالحياة لان شهادته جائزة فهذا هو الحرف وان كان ميتاً لم يجز لان
القضاء لهم قضاءً وجته وولده اذا كانوا يتوارثون وان كانوا لا يتوارثون جاز لعدم التهمة ويجوز القضاء
للاخوة وأولادهم والاعمام لان شهادته لهم جائزة والله أعلم بالصواب وهو حسبي ونعم الوكيل

باب مسائل شتى

قال رحمه الله (لا يتد ذو سفلى فيه ولا ينقب كوة بلا رضا ذى العلو) معناه اذا كان لرجل سفلى ولا آخر
علو فليس لصاحب السفلى أن يتد فيه وتد ولا ينقب فيه كوة وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقال يصنع
فيه ما لا يضر بالعلو وعلى هذا الخلاف اذا أراد صاحب العلو أن يبنى على العلو بيتاً أو يضع عليه

جدوا

(قوله وقال لا يصنع فيه ما لا يضر بالعلو) والاتفاق على انه ليس له أن يهدم سفله لما
فيه من ابطال حق صاحب العلو في سكناه العلو قاله الكمال رحمه الله تعالى

(قوله قيل ما حكى عنهم ما تفسر لقول أبي حنيفة) على معنى أنه لا يمنع الأما فيه ضرر قال قاضيان في فتاواهما علول رجل وسفل لآخر قال أبو حنيفة ليس لصاحب العلوان يبنى في العلوان أو يتدو بالارض صاحب السفل وقال صاحباه له ذلك إذا لم يضرب بالسفل والخنار للفتوى أنه أن ضرر بالسفل يمنع وأن لم يضرب لا يمنع وعند الاشتباه والاشكال يمنع اه (قوله وعند الأصل هو الخطر) وقوله قياس لأنه لا يخلو عن نوع ضرر بالعلوان نوعين بناء أو نقضه فوجب نقضه اه كافي (قوله ولا خلاف فيما لا اشكال فيه) أي فإن له أن يصنع ما لا يضربه بالاتفاق اه (قوله ولو أنهدم السفل من غير صنع) (١٩٥) أي أما إذا هدمه بنفسه فيأتي حكمه في الشرح اه (قوله

ثم يرجع عليه بقيمة البناء الخ) وفي الخلاصة في الفصل الثاني في علل الطوع وعارته قال وذكر الخصاف أنه يرجع بما اتفق وهذا عندى في غاية الحسن إذا كان بقضاء ويجب أن لا يضمن لوعلى بناء السفل على ما كان عليه ذلك القدر اه فتح (قوله حتى يدفع إليه قيمته يوم البناء) قال السكالي واختلفت القيمة تعتبر وقت البناء أو وقت الرجوع والصحيح وقت البناء اه (قوله كان له أن يرجع) أي لأنه لا يمكن الانتفاع بنصيبه إلا ببنائه فلا يكون متطوعا اه فتح (قوله يجب على أعادته لعمده يجعل تعلق به حق الغير) أي وهو قرار العلوان اه فتح (قوله وذلك مثل كرى النهر) أي المشتركة بينهما إذا امتنع أحدهما عن كربه وكرى الآخر اه (قوله وقضاء العبد الجاني) يعنى العبد المشترك إذا جنى ففداه أحدهما فهو

جذوعا ويحدث كسفا قيل ما حكى عنهم ما تفسر لقول أبي حنيفة رحمه الله على معنى أنه لا يمنع الأما فيه ضرر مثل ما قالوا وقيل فيه خلاف حقيقة وهو أن الأصل عندهما الإباحة لأنه تصرف في ملكه وهو مطلق له والحرمة لعارض وهو الضرر بالغير فما أشكل يبقى على أصل الإباحة وعند الأصل هو الخطر لأنه تصرف في محل تعلق به حق الغير كالرهن والعين المستأجرة ولا إطلاق لعارض وهو عدم الضرر بغيره فما أشكل يبقى على أصل الخطر وهذه الأشياء من المشكل فظهر فيها أثر الخلاف ولا خلاف فيما لا اشكال فيه ولو أنهدم السفل من غير صنع صاحبه لا يجبر على البناء لعدم التعدي ولكن لصاحب العلوان يبنى إن شاء أو يبنى عليه علوه ثم يرجع عليه بقيمة البناء ويضمن من السكنى فيه حتى يدفع إليه قيمته يوم البناء لأنه مضطر في ذلك فصار كغير الرهن إذا قضى الدين بغير إذن الراهن لا يكون متبرعا بخلاف الدار المشتركة إذا أنهدمت فبناها أحدهما بغير إذن صاحبه حيث لا يرجع لأنه متبرع أهو ليس مضطر لأنه يمكن أن يقسم عرصتها ويبنى نصيبه وصاحب العلوان ليس كذلك حتى لو كانت الدار صغيرة بحيث لا يمكن الانتفاع بنصيبه بعد القسمة كان له أن يرجع وعلى هذا لو أنهدم بعض الدار أو بعض الحمام فأصلحه أحد الشرى بكنه له أن يرجع لأنه مضطر إذا عكس قسمة بعضه ولو أنهدم كله فعلى التفصيل الذى ذكرنا ولو هدم صاحب السفل سفله بنفسه يجبر على أعادته لتعدي به جعل تعلق به حق الغير كالرهن يعتق العبد المرهون أو مولى العبد الجاني يتصرف فيه يعتق أو نحوه وذكر الحلواني أن كل من أجبر أن يفعل مع شريكه فإذا فعل أحدهما بغير أمر الآخر لا يرجع لأنه متطوع اه ذلك مثل كرى النهر أو إصلاح سفينة معيبة وقضاء العبد الجاني وإن لم يجبر لا يكون متطوعا كسئل أنهدم العلوان والسفل لأنه لا يتوصل إلى حقه أصلا ولم يمكنه الانتفاع بنصيبه إلا بالاصلاح فصار مضطرا ودكر في النهاية معزيا إلى قاضيان ولو تصرف صاحب السفل في ساحة السفل بأن حفر بئر أو عند أبي حنيفة رضى الله عنه له ذلك وإن تضرر به صاحب العلوان وعندهما الحكم معلول بعلل الضرر قال رحمه الله (زائغة مستطيلة يتشعب عنها مثلها غير نافذة لا يفتح فيها أهل الأولى بابا بخلاف المستديرة) معناها سكة طويلة يتشعب عنها سكة أخرى طويلة وهي غير نافذة فليس لأهل السكة الأولى أن يفتحوا بابا إلى السكة الأخرى لأن الباب يقصد للمرور ولا حق لهم في الدخول فيها لكونها غير نافذة وإنما ذلك لأهلها على الخصوص ألا ترى أنه لو بيعت دار منها كان حق الشفعة لهم لا لأهل الأولى فلو مكنتهم من فتح الباب لخرجوا منه إليها لا يمكنهم المنع في كل ساعة ويخاف أن يسد بابها الأصلي ويكتفى بالباب المفتوح ويجعل داره من تلك السكة فيمنع منه لأنها ملكهم فلا يشاركون فيها غيرهم ولأنه يلحق بهم ضرر بأن يضيق عليهم فيمنع بخلاف ما إذا كانت نافذة لأن الاستطراق حق العامة وهم من جلتهم وقيل لا يمنع من فتح الباب لأنه رفع جداره وهو له أن ينقض كما هو أولى أن يكون له نقض البعض والصحيح هو الأول لما ذكرنا ولأنه يركب عليه بابا ويعدى حق المرور على طول الزمان فيستدل بالباب على أنه له حق المرور

متطوع لأن الآخر يجبر اه (قوله في المتن زائغة مستطيلة يتشعب عنها مثلها غير نافذة) والزائغة الأولى غير نافذة أيضا وكلام المصنف ليس فيه ما يدل على ذلك وقد صرح بذلك الامام الترمذى والفقيه أبو الليث إلا أن يجعل غير نافذة حالاً من الزائغتين جميعا اه كافي (قوله فليس لأهل السكة الأولى أن يفتحوا بابا الخ) ولكن هذا فيما إذا أراد بفتح الباب المرور فإنه يمنع استحسانا وإذا أراد به الاستضاءة أو الرجوع دون المرور لم يمنع من ذلك كذا نقل نثر الاسلام عن الفقيه أبي جعفر اه اتقانى (قوله والصحيح هو الأول لما ذكرنا) قال الاتقانى والاصح أنه يمنع من فتح الباب لأنه نص في الكتاب قال وليس له أن يفتح بابا وهذا لأنه متى فتح الباب فقد اتخذ لنفسه طريقا لأنه لا يمكنهم منعه في كل ساعة وزمان حتى لو فتح بابا للاستضاءة والرجوع ونحوه لا يمنع اه

(قوله فيحكم له به) قال شمس الأئمة الحلواني في محيطه في كتاب الشفعة سكة غير نافذة بيعت فيها دارها لها شفعة لأنهم شركاء في حقوق المبيع فإن كان فيها عطفان كان مريعا فاصحاب العطف أولى بما يبيع في عطفهم لأنه بسبب الترتيب يصر العطف المربع كالمفصل عن السكة لأن هيأت الدور في العطف المربع تختلف هيأت الدور في السكة فصار العطف المربع منزلة سكة أخرى فصار كسكة في سكة ولهذا يمكنه نصب الدرب في أعلامهم وهم وأهل السكة فيما يبيع في السكة سواء كالمبيع يبعث دار في السكة العظمى فهم وأهل السكة الصغرى فيها سواء فكذلك إذا كان (١٩٦) العطف مدورا فالكل سواء لأن العطف المدور أعوجاج في بعض السكة وبذلك لا يصير

فيحكم له به وقوله بخلاف المستديرة يعنى بخلاف ما إذا كانت الزائفة الثانية مستديرة حيث يكون لكل واحد من أهل الأولى فتح الباب انما لانها كانت مستديرة وهي التي فيها أعوجاج حتى بلغ عوجها رأس السكة صارت كأنها سكة واحدة وهي بينهم على الشركة حتى إذا بيع دار فمما يجب حق الشفعة وهذا إذا كانت السكة المستديرة غير نافذة أيضا وإن كانت نافذة فلجميع المسلمين فيها حق المرور ثم اعلم أن الإنسان أن يتصرف في ملكه ما شاء من التصرفات ما لم يضر بغيره ضررا ظاهرا فيجوز له أن يتخذ في داره حمارا لأن ذلك لا يضر بالجيران وما فيه من الندوة يمكن التحرز عنه بأن يبنى بينه وبين جاره حائطا وعن أبي يوسف رحمه الله أن الجيران إذا تأدوا من دخانه فلم يمنعهم إلا أن يكون دخان الحمام مثل دخانهم ولو اتخذ داره حظيرة غنم والجيران يتأذون من نثر السرقين ليس لهم في الحكم منعه ولو حفر في داره بئر اقترع منها حائط جاره لم يكن له منعه وقيل إن كان يعلم ذلك يقيناً فلا يمنع وهو خلاف قول أصحابنا رحمه الله ولو أراد بناء ثور في داره للجيران الدائم كما يكون في الله كأكين أو راحا لطنين أو مذقات للقصارين لم يحسب لأن ذلك يضر بالجيران ضررا ظاهرا فاحشا لا يمكن التحرز عنه والقياس أن يجوز لأنه تصرف في ملكه وترك ذلك استحسانا لأجل المصلحة ولو سقط حائط بين دارين ولأحد منهما عورات فطلب من جاره أن يساعده في البناء قال أصحابنا لا يجبر وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله يجبر في زماننا لأنه لا بد من سترة بينهما وقال قاضي خان إن كان الحائط يحتمل القسمة وينبغي كل واحد في نصيبه السترة لا يجبر وإلا أجبر وقيل إن كان يقع بصره في دار جاره فلا يمنع عن الصعود حتى يتخذ سترة وإن كان يقع في سطحه فلا يمنع قال رحمه الله (ادعى دارا في يدرجل أنه وهما لله في وقت فستل البينة فقال بجديهما فاشترى بئرهم على الشراء قبل الوقت الذي يدعى فيه الهبة لا يقبل وبعده يقبل) لو جود التناقص في الوجه الأول لأنه يدعى الشراء بعد الهبة وشهوده يشهدون له قبلها وهذا تناقض ظاهر لا يمكن التوفيق بينهما وفي الوجه الثاني يمكن إذا الشراء وجد بعد الوقت الذي يدعى فيه الهبة فلا يكون متناقضا ولو لم يقبل بجدي الهبة والمستثنان بحالهما لا يقبل في الأولى وقبل في الثانية لملا كونا من الامكان وعدمه ولا فرق في ذلك بين أن يقول بجدي الهبة أولا ولا يقال في الثاني أيضا وجد التناقص لأنه يدعى شراء ملكه لأنه إذا ملكه في وقت بالهبة فلا يتصور أن يملكه بالشراء بعد ذلك لانا نقول لما وجد الهبة ووافق به بالترك انفسخت الهبة إذ جميع العقود تنفسخ بالوجود إذا وافقه صاحبه بالترك غير النكاح فإنه لا يقبل الفسخ فلا يكون متناقضا ولو لم يذكر له ما تاريخا أو ذكر لأحدهما ينبغي أن يقبل بينه لأن التوفيق يمكن بأن يجعل الشراء متأخرا ومثله لو ادعى دارا في يدرجل أنها لها اشتراها من أبيه في حياته وصحته وصاحب البينة كره فمجز عن إقامة البينة وحلف ذو المدعى فأقام المدعى بينة أنه ورثها من أبيه يقبل لامكان التوفيق على ما بينا ولو ادعى الأرض من أبيه أولا ثم ادعى الشراء منه لا يقبل لعدم امکان التوفيق وبهم ذاتين أن التناقص إنما يمنع صحة الدعوى إذا لم يمكن

بمنزلة سكتين لأن هيأت الدور فيها لا تختلف بسبب الأعوجاج فكانت سكة واحدة إلى هنا لفظ شمس الأئمة الحلواني اه اتفاقا رحمه الله (قوله وقال انفقته أبو الليث رحمه الله يجبر في زماننا) قال العمادى والحاصل أن في هذه المسائل وأجناسها القياس أن كل من تصرف في خاص ملكه لا يمنع منه في الحكم وإن كان يلحق ضررا بالغير لكن ترك القياس في موضع يتعدى فيه ضرر تصرفه إلى غيره ضررا يمتد ويقبل بالمنع وبه أخذ كثير من مشايخنا وعليه الفتوى اه (قوله وبعده يقبل لو جود التناقص) إذا لم يمكنه أن يقول وهما من مذشر ثم بجدي الهبة فاشترى بئرهما منه منذ سنة اه كافي (قوله وفي الوجه الثاني يمكن الخ) أى لأنه يمكن أن يقول وهما من مذشر ثم بجدي الهبة فاشترى بئرهما منه منذ أسبوع اه كافي (قوله والمستثنان بحالهما) أى بأن ادعى الهبة في وقت ثم برهن على الشراء قبله ولم يقبل بجدي الهبة

فاشترى بئرهما اه وقوله لا يقبل في الأولى أى لأن دعواه الهبة في وقت إقراره بذلك الواهب في ذلك الوقت ثم دعوى الشراء قبل ذلك يكون رجوعا عن ذلك الإقرار فكان متناقضا فلا يمكن من إثباته بالبينة فأمدعواه الشراء بعد ذلك بقر إقراره بالملك في ذلك الوقت فيمكن من إثباته بالبينة اه كافي (قوله لا نقول لما وجد الهبة الخ) انفسخت في حق المدعى عليه وتوقف الفسخ في حق المدعى على رضاه فإذا أقدم على الشراء منه فقد رضى بذلك الفسخ فتم الفسخ فيما بينهم بتراضيهما فإذا اشترى منه بعد ذلك فقد اشترى ما لا يملكه فصح اه كافي (قوله ومثله لو ادعى دارا في يدرجل أنها لها اشتراها من أبيه) أى المدعى اشتراها من أبي نفسه اه (قوله يقبل لامكان التوفيق على ما بينا) أى بأن يكون اشتراها من أبيه ثم جدد أبوه الشراء حتى مات فورثها اه

(قوله في المتن فللبائع أن يظأها إن ترك الخصومة) وقال بعضهم لا يجوز له أن يظأها ويقال هو قول زفر كذا قال الفقيه أبو الوليث في شرح الجامع الصغير وجه قوله أنه لم يباعها فهي على ملك المشتري لم يبعها من البائع أو بتقايلا وإنما إن الأقالة قد تكون بلفظ الأقالة وبلفظ الردو بمجودهما بأن تجاحدا البيع ثم إذا جحد المشتري البيع حصل الفسخ من جهة فاذعزم البائع على ترك الخصومة بعد ذلك واقرن عزمه بالفعل وهو ما سالك الجارية ونقلها من مجلس الخصومة إلى منزله واستخدمها ونحو ذلك كان ذلك منه دلالة الفسخ فتم الفسخ بينهما اه اتقاني (قوله في المتن ومن أقر بقبض عشرة ثم ادعى (١٩٧) انما زبوف صدق) يعني أقر أنه

قبض من مدونه بدین قرض
اقترضه أو عن مبيع أو
بدل اجارة أو قال غصبت
منه أو ادعنى ألف درهم
ثم قال الا انما زبوف أو
بهر جرة أو قال بعدد
هو زبوف أو بهر جرة اه
فتح (قوله سواء قال ذلك
موصولا أو مفصولا) وفي
المبسوط أقر اطلب أنه
قبض بماله على فلان مائة
درهم ثم قال وجدتم زبوفنا
قال قول قوله وصل أم فصل
واطلاق المصنف قوله صدق
ينبغيه وهذا بخلاف ما اذا
أقر بالدين في المبسوط في
باب الاقرار بالدين لو قال
فلان على ألف درهم من
عن مبيع أو قرض أو اجارة
الا انما زبوف أو بهر جرة
لم يصدق في دعوى الزبافة
وصل أم فصل في قول أبي
حنيفة وعندهم ما يصدق
ان وصل لان فصل ولو قال
فلان على ألف درهم من
غيره كرسب تجارة أو
غصب قال بعض المشايخ
هو على الخلاف أيضا لان
مطلق الاقرار بالدين

التوفيق وقيل لا بد من دعوى التوفيق من المدعى والا فلا يوفق وقيل التوفيق من غير دعوى قياس
وعدم التوفيق بدون دعوى استحسان قال رحمه الله (ومن قال لا آخر اشترت مني هذه الامنة فأنا كرا
فللبائع أن يظأها إن ترك الخصومة) لان المشتري لما جحد الشراء كان ذلك فسخا منه إذا لجحد كناية عن
الفسخ لان الفسخ رفع العقد من الاصل والجحد انكار للعقد من الاصل فيكون بينهما ما مناسبه فجازت
الاستمارة فكان فسخا من جهة فاذعزم البائع بترك الخصومة ثم الفسخ قبل له وطؤها وله أن يردّها
على بائعها بالعيب إن وجد بها عيبا قديما بعد ذلك التمام الفسخ بالتراضي حتى إذا أقام المشتري بعد ذلك
بينة أنه اشتراها منه لا تقبل بينته وفي النهاية إذا عزم على ترك الخصومة قبل تخليف المشتري ليس له
أن يردّها على بائعها لانه غير مضطر في فسخ البيع الثاني لاحتمال أن ينكح عند التخليف فاعتبر بيعا
جديدا في حق ثالث والاشبه أن يكون هذا التفصيل بعد القبض وأما قبل القبض فينبغي أن يرد
عليه مطلقا لانه فسخ من كل وجه في غير العقار فلا يمكن حمله على البيع لان المبيع لا يجوز بيعه قبل
القبض وقد بيناه من قبل فان قيل الحكم لا يثبت بمجرد العزم فكيف يكون فسخا قلنا نحن لا نثبت
بمجرد العزم وإنما نثبت به بالعزم والميسر أو بالعزم والفعل وهو التصرف في الجارية بالتفصيل من موضع
الخصومة إلى بيته أو بالاستخدام أو إمساكها بيده لان التصرف فيها لا يحل إلا بالفسخ فكان فسخا
دلالة إذا الفعل قد يوجب دلاله كمن قال لغيره أجزتك هذه الداية يوما لتركها فأخذها واستعملها كان
ذلك قبولا منه دلالة لان الاخذ والاستعمال لا يحل بدون القبول قال رحمه الله (ومن أقر بقبض
عشرة ثم ادعى انما زبوف صدق) معناه إذا قال قبضت منه عشرة دراهم ثم ادعى انما زبوف صدق
سواء قال ذلك موصولا أو مفصولا وكذا إذا ادعى انما بهر جرة ولو ادعى انها ستوقفة لا يصدق لان اسم
الدراهم يقع على الجياد والزبوف والبهر جرة دون الستوقفة ولهذا لا يجوز الزبوف والبهر جرة جاز
حتى في الصرف والسلم دون الستوقفة والقبض لا يختص بالجياد فيصدق في انكاره قبض حقه مع يمينه
بخلاف ما إذا أقر أنه قبض الجياد أو حقه أو الثمن أو استوفى حيث لا يصدق في دعواه الزبوف لانه
مناقض لان الزبوف ضد الجياد وحقه في الجياد فكان الاقرار بقبض حقه مطلقا اقرارا منه بقبض
الجياد والاستيفاء عبارة عن قبض الحق بوصف التمام فكان عبارة عن قبض حقه أيضا وبخلاف
ما إذا قبض المشتري المبيع ثم ادعى العيب حيث يكون القول قول البائع لان المبيع متعين في البيع
فاذا قبضه فقد أقر بأنه استوفى عين حقه دلالة ثم يدعواه العيب بعد ذلك صار مناقضا فلا يقبل
كلامه بخلاف ما نحن فيه فان الدراهم لا تتعين وحقه ثابت في الذمة ولم يقر بقبض حقه وإنما أقر
بقبض الدراهم وهي متنوعة فبلاقرار بقبضها لم يكن مقرا بقبض حقه ثم في قوله قبضت دراهم
حيادا لا يصدق في دعواه الزبوف مطلقا سواء كان موصولا أو مفصولا وفيما إذا أقر أنه قبض الثمن
أو حقه أو استوفى ثم ادعى انه كان زبوا في نظر فان كان مفصولا لا يصدق وهو المقصود بما ذكرنا

ينصرف الى الالتزام أو بالتجارة اذ هو اللائق بحال المسلم وقيل يصدق هنا اذا وصل بالاتفاق لان صفة الجودة تصير مستحقة بعقد
التجارة فاذا لم يصح في كلامه بجهة التجارة لا تصير صفة الجودة مستحقة اه كمال (قوله والقبض لا يختص بالجياد) أي فلا يكون
بدعوى الزبوف مناقضا لجمع دعواه بخلاف ما إذا ادعى انها ستوقفة أو رصاص حيث لا تسمع دعواه لانه مناقض لانه قال اقتصنت
الدراهم ثم دعواه الستوقفة أو الرصاص انكار منه لقبض الدراهم لانها ليست من جنس الدراهم (قوله حيث لا يصدق في دعواه
الزبوف لانه مناقض) أي لانه أقر بقبض حقه صريحا أو دلالة اه هداية (قوله فان كان مفصولا لا يصدق) أي لان قوله جياد
مفسر فلا يحتمل التأويل بخلاف غيره لانه ظاهر انص فيحتمل التأويل اه من خط الشارح رحمه الله

(قوله وان كان موصولا صدق) والفرق أن في قوله قبضت مالى عليه أو حق عليه جعل مقرا بقبض القدر والجودة بلفظ واحد فأذا استثنى الجودة فيه استثنى البعض من الجملة فيصح موصولا كما لو قال مائة الدرهم مائة ما لو قال قبضت عشرة جياد فقد أقر بالقدر بلفظ على حدة وبالجودة بلفظ على حدة فإذا قال إلا أنه لا يوفى فقد استثنى الكل من الكل في حق الجودة وذلك باطل كما لو قال على مائة درهم ودينار إلا دينارا كان الاستثناء (١٩٨) باطلا وان ذكره موصولا كذا هنا فان قيل ينبغي أن لا يصح استثناء الجودة

وان دخلت تحت الاقرار بلفظ واحد لان الجودة تبعد وصفة الدرهم واستثناء التباعد موصولا لا يصح كاستثناء البناء من النار موصولا فلما استثناء البناء من النار انما لا يصح لان البناء دخل في اسم النار تبعاً لما لا يجوز اخراجه مقصودا أما الجودة دخلت تحت اللفظ مقصودا كالوزن لانه أقر بقبض ما عليه وعليه تسليم الوزن والجودة فكان داهلاً مقصودا لا بما فيجوز استثنائه موصولا كذا قيل وفيه نوع تأمل اه كالحق (قوله والستون مائة غلب عليه الغش) قال الكل والنما كانت الستون ليست من جنس الدراهم لان غشها غالب واسم الدراهم باعتبار الفضة والنسبة الى الغالب متعين فاذا كان الغالب هو الغش فليست دراهم الامحاز ولذا قيل هو معرب سه طاقه يعني ثلاث طاقات الطاق الاعلى والاسفل فضة والاوسط نحاس وهي شبه الموه اه (قوله فكذب المقر له حيث لا يرتد

وان كان موصولا صدق وقال في النهاية لو أقر بقبض حقه ثم قال لمن باستوقة أو رصاص يصدق موصولا لا موصولا قال ذكره شيخ الاسلام ثم الزبوف ما رده بيت المال والنهر بركة ما رده التجار والستون مائة غلب عليه الغش وقيل الزبوف هي المغشوشة والنهر بركة هي التي تضرب في غير دار السلطان والستون مائة صفر موه وعن الكرخي الستون مائة مائة ما كان عليه الصفر والنحاس هو الغالب قال رحمه الله (ومن قال لا خير لك على ألف درهم فردته صدقة فلا شيء عليه) يعني إذا أقر لغيره بألف درهم فردته المقر له بأن قال ما كان لي عليك شيء أو قال بل هو لك أو فسلان ثم صدقه فقال بل كان لي عليك في مكانه أو بعده فلا شيء على المقر لان الاقرار هو الاول وقد ارتد بقره المقر له والثاني دعوى فلا بد من الجملة أو تصديق الخصم بخلاف ما إذا قال اشتريت وأنت كرجي حيث يكون له ان يصدق له ان أحد المتعاقدين لا ينفرد بالتفويض كما لا ينفرد بالعقد لان العقد حقهما فبقى على حاله فعمل فيه التصديق أما المقر له فينفرد برد الاقرار فافتقرا وبخلاف ما إذا أقر بنسب عبده لغيره فكذب المقر له حيث لا يرتد بذلك عند أبي حنيفة رضي الله عنه حتى إذا ادعاه المقر لنفسه لا يصح لان الاقرار بالنسب اقرار بما لا يحتل الابطال فلا يرتد بالرد ولو قبل الاقرار أو الابرار عن الدين أو هبة له ثم رده لا يرتد لانه بالقبول قد تم وكذا لو قال اعيتده وهبت لك رقبتك فرد لا يرتد بالرد لان هبة العبد من نفسه اعتاق وهو لا يرتد بالرد ولو أقر بشيء لانيسان كالدين وغيره فصدقه ثم رجع المقر عن اقراره لا يقبل ولو أراد تخليف المقر له لا يخلف عند أبي حنيفة ومحمد لان اقراره حجة عليه كالشهادة ولان دعواه متناقضة ففسدت فصارت نظير ما لو قال ليس لي على فلان شيء ثم ادعى ان له عليه ديناً وأراد تخليفه لا يخلف وعند أبي يوسف رحمه الله إذا ادعى انه أقر كاذباً وأراد تخليف المقر له يخلف بخبريان العادة بالشهادتين على هذه الاشياء قبل تحقيقها مخبر زاع عن امتناع الآخر عن التسليم قال رحمه الله (ومن ادعى على آخر ما لا يقال ما كان لك على شيء قط فبرهن المدعي على ألف وهو برهن على القضاء أو الابرار قبل) أي ادعى رجل على رجل ألف درهم فقال المدعي عليه ما كان لك على شيء قط فأقام المدعي البينة أن له عليه ألف درهم وأقام المدعي عليه البينة انه قضاء أو ابراء المدعي تقبل بينة المدعي عليه وقال زفر لا تقبل لان القضاء والبراء يكون بعد الوجوب وقد أنكره فيكون مناقضا وانسان التوفيق يمكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه ألا ترى أنه قال قضى بباطل وقد يصلح على شيء فيثبت ظاهراً ثم يقضى ألا ترى انه لو ادعى القصاص على شخص فأنكره فأقام المدعي البينة وأقام المدعي عليه البينة على العفو أو الصلح عنه على مال تقبل بينته وكذا لو جرى مثل ذلك في دعوى الرق يقبل فكذا هنا وكذا لو قال ليس لك على شيء لان التوفيق فيه أظهر لانه للحال قال رحمه الله (ولو زاد ولا أعرفك لا) أي لو زاد هذه الكلمة على ما ذكره بان قال ما كان لك على شيء قط ولا أعرفك لا تقبل بينة المدعي عليه على القضاء والبراء لتعذر التوفيق بين قوليه لانه لا يكون بين اثنين معاملة من دفع وأخذ وقضاء واقتضاء بلا معرفة أحدهما صاحبه وذكر انه قد يرى أنه يقبل أيضاً لان المحتجب من الرجال والمخدرة قد يؤذى بالشغب على بابيه فبأمر بعض وكلائه يرضائه بالدفع اليه ولا يعرفه فامكن التوفيق بهذا الطريق وقال في النهاية فعلى هذا قالوا لو كان المدعي عليه ممن يتولى الاعمال بنفسه

وان دخلت تحت الاقرار بلفظ واحد لان الجودة تبعد وصفة الدرهم واستثناء التباعد موصولا لا يصح كاستثناء البناء من النار موصولا فلما استثناء البناء من النار انما لا يصح لان البناء دخل في اسم النار تبعاً لما لا يجوز اخراجه مقصودا أما الجودة دخلت تحت اللفظ مقصودا كالوزن لانه أقر بقبض ما عليه وعليه تسليم الوزن والجودة فكان داهلاً مقصودا لا بما فيجوز استثنائه موصولا كذا قيل وفيه نوع تأمل اه كالحق (قوله والستون مائة غلب عليه الغش) قال الكل والنما كانت الستون ليست من جنس الدراهم لان غشها غالب واسم الدراهم باعتبار الفضة والنسبة الى الغالب متعين فاذا كان الغالب هو الغش فليست دراهم الامحاز ولذا قيل هو معرب سه طاقه يعني ثلاث طاقات الطاق الاعلى والاسفل فضة والاوسط نحاس وهي شبه الموه اه (قوله فكذب المقر له حيث لا يرتد

لا تقبل

بذلك) أي حتى كان أراد أن يعود ويدينه فلما لم تبطل بالرد بقي مقراً بنسبه لغيره فلا يمكن أن يدعيه

نفسه (قوله ولما أن التوفيق ممكن) أي لانه يمكنه أن يقول لم يكن لك على شيء ولكن أذنتني بخصوصتك الباطلة قد دفعت اليك ما تدعيه دفعاً لذلك اه كافي (قوله وكذا لو قال ليس لك على شيء) أي ثم أقام البينة على القضاء والبراء يقبل فيه البينة أيضاً اه غايه (قوله لان التوفيق فيه أظهر) أي لانه يقول ليس لك على شيء في الحال لاني قد قضيت حقه وألأنك أبرأتني ألا ترى انه لو صرح به يصح وهذا لان ليس لتني الحال اه كافي

(قوله وفي الكافي قيل تقبل البيعة على الإبراء في هذا الفصل باتفاق الروايات) أي لأن الإبراء يتحقق بلا معرفة اه كافي (قوله في المتن ومن ادعى على آخرائه باعه أمته الخ) قال الاتقاني وهي من مسائل الجامع الصغير ولم يذكر فيها خلافا بين أصحابنا وذكر الخصاص هذه المسئلة في آخر أدب القاضي وأثبت فيها الخلاف فقال لا تقبل بيعة البائع على البراءة في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف تقبل اه (قوله وقال لا ينصرف إلى ما يليه) وقوله ما استحسان كذا ذكر في الشامل في (١٩٩) كتاب الأقرار من قسم المبسوط

اه اتقاني (قوله فينصرف إلى الكل) أي للاتفاق على أن قول القائل عبده حر وأمر أنه طالق وعليه المشي إلى بيت الله إن شاء الله تعالى يبطل الكل فلا يقع طلاق ولا عتاق ولا يلزم نذر كمال (قوله نهو ولي ما فيه) يعني من أخرجه كان له ولاية المطالبة بما فيه من الحق ثم كتب أن شاء الله متصلا به هذه الكتابة اه كمال وكتب أيضا ما نصه قال الكمال وقد أورد ان هذا الكلام يقتضي انه لو لم يكتب ان شاء الله لم يبطل شيء ويلزمه صحة الوكالة للمجهول بالخصوص في قوله ومن قام به هذا الذكرك فهو ولي ما فيه ولو كمل المجهول لا يصح أعجب بأن الغرض من كتابته اثبات رضا المدعي عليه بتوكيل من بوكاه المدعي فلا يمنع المدعون عن سماع خصومة التوكيل بالخصوص عند أي حنيفة فان التوكيل بالخصوص لا يصح الإبرضا الخصم عنده ودفع بأنه لا يقبل على قوله لأن هذا

لا تقبل بيته وفي الكافي قيل تقبل البيعة على الإبراء في هذا الفصل باتفاق الروايات وقالوا فيمن قال لم أدفع ثم قال دفعت إليه لا يقبل قوله للتناقض الا اذا ادعى اقرار المدعي بذلك فتقبل بيته لأن التناقض لا يمنع صحة الأقرار قال رحمه الله (ومن ادعى على آخرائه باعه أمته فقال لم أبعها منك قط فيبرهن على الشراء فوجد به عابا فيبرهن البائع أنه برئ إليه من كل عيب لم تقبل) أي وجد المشتري بها عيبا فبردها عليه فأقام البائع البيعة أنه أبرأ من كل عيب بها لا تقبل بيعة البائع وعن أبي يوسف رحمه الله أنها تقبل لأن التوفيق يمكن بأن لم يبيعها هو وإنما باعها منه وكيله وأبرأه عن العيب فيكون صادقا بذلك ونظيره ما ذكره أبو يوسف رحمه الله أنه لو ادعى الشراء من شخص وهو يشكر فأقام المدعي البيعة على الشراء منه وأقام المشتري البيعة أنه قد رد المبيع عليه تقبل بيته لما ذكرنا من التأويل أو يقول أخذته مني بيعة كاذبة ثم استقبلته منه فألقى ووجه الظاهر أن اشتراط البراءة تغيير العقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره فيقتضي وجود العقد إذا لصفه بدون الموصوف لا تنصو ر وقد أنكره فيكون مناقضا بخلاف ما تقدم من مسألة الدين لأن الباطل قد يقضى على ما مر قال رحمه الله (ويبطل الصك بان شاء الله) أي يبطل صك الشراء والأقرار اذا كتب في آخره ان شاء الله حتى يبطل الشراء والأقرار بذلك ولا يلزمه شيء لأن الاستثناء مبطل على ما عرف في موضعه ولو كتب في آخر الصك فن قام به هذا الحق فهو وكيل ان شاء الله أو كتب فإدرك فلا نأمن درك فعلى فلان خلاصه بطل الصك كما عند أبي حنيفة حتى يبطل الأقرار والشراء وقال لا ينصرف إلى ما يليه وهو الأخير فيبطل به ضمان الدرك والتوكيل ويبقى الدين على حاله اذا الاصل في الجمل الاستقلال والصك يكتب للاستيثاق فلو انصرف إلى الكل كان مبطلا له فيكون ضد ما قصدوه فينصرف إلى ما يليه ضرورة الاترى أنه لو كتب كتابا إلى بعض اخوانه أو وكالاته وقال في آخره يفعل كذا وكذا ان شاء الله ينصرف الاستثناء إلى ما يليه حتى لا يبطل الكتاب كما في كذا هذا وله ان الكل كشيء واحد يحكم العطف فينصرف إلى الكل كافي السكامات المعطوف بعضها على بعض مثل قوله عبده حر وأمر أنه طالق وعليه المشي إلى بيت الله ان شاء الله وما ذكرنا من العادة انما يجري بان يترك فرجة أو يكتب بخط على حدة فلو فعل هذا ذلك انصرف إلى ما يليه ولا يبطل الشراء ولا الأقرار لأن الفرجة كالسكوت حال النطق ولأن الاستثناء انما يكتب في كتب الرسالة للتبرك عادة لا لإبطال ولهذا لا يبطل ما يليه أيضا وفي الصك يبطل بالاجماع ثم انما ذكر ذلك في الكتاب لأن العادة جرت بينهم أن يكتب في أسفل الصك من قام به هذا الحق فهو ولي ما فيه أي وكيل بالخصوص ما ثبت ما فيه من الحق وفائدة هذه الكتابة أن يثبت به رضا الخصم بالتوكيل لأن التوكيل بالخصوص لا يجوز الإبرضا الخصم عند أبي حنيفة رحمه الله وهذا لأن توكيل المجهول وان كان لا يجوز لكن يسقط به حقه لأن المنع لحق الخصم فاذا رضى فقد أسقط حقه والاسقاط يجوز وان كان مجعولا لا يؤول إلى النزاع ثم يוכל من شاء وقيل لا يفيد على قوله أيضا وانما يفيد على قول ابن أبي ليلى فان عند أبي حنيفة لما لم يجوز توكيل المجهول لا يفيد الرضا به وعند ابن أبي ليلى يجوز فيفيد قال رحمه الله (وان مات ذمي فقالت زوجته أسلمت بعد موته وقالت الورثة أسلمت قبل موته فالقول لهم) وقال زفر القول قولها لأن الاسلام حادث والاصل في الحوادث أن تضاف إلى أقرب

ثبت الرضا بتوكيل وكيل مجعول والرضا بتوكيل مجعول باطل فلا يفيد على قوله أيضا وقيل بل فائدة التبرع عن قول ابن أبي ليلى (قوله في المتن وان مات ذمي الخ) ترجمهنا في الهداية فنصل في القضاء بالمواريث قال الاتقاني ذكر هذا الفصل في آخر أبواب القضاء لأن الموت آخر أحوال الانسان في الدنيا فكان ذكر ما يتعلق بالموت مناسبا اه (قوله في المتن وقالت الورثة أسلمت قبل موته فالقول لهم) قال الكمال وكان الأولى أن يقال بدل قوله القول قول الورثة لا تصدق الورثة إلا بيعة لأن العادة ان من كان القول له يكون مع عيشه ولا حلف عليهم الا ان ادعت أنهم يعلمون كفرها به وموته فلها أن تحلفهم على العلم اه

(قوله قلنا سبب الحرمان ثابت) أي سبب حرمان المرأة وهو اسلامها من ميراث زوجها الذي ثابت في الحال وتحكم الحال عند عدم دليل آخر واجب والحال يصلح للدفع لئلا يستحق اه (قوله فيثبت فيما مضى تحكيميا للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا الظاهر) هو استحباب أعي استحباب الماضي للحال نعتبه للدفع وما ذكره استحباب عكس ذلك لان الاستحباب يكون من الماضي للحال ومن الحال الى الماضي ولكنه اعتبره للاستحقاق وليس حكم الاستحباب كذلك والمراد بجريان ماء الطاحونة ما اذا اختلف مالكها مع المستأجر اذا طال به مدة فقال كان الماء منقطعاً حكم جريانه في الحال فاذا كان منقطعاً في الحال فيعطف على الماضي لرفع أجرة استحقاق الماضي فكذا هذا والتعبير بالاستحباب (٢٠٠) أحسن من التعبير بالظاهر فان ما يثبت به الاستحقاق كثيراً ما يكون ظاهراً كأخبار

أوقانه وأقرب أوقانه ما بعد الموت فتضاف اليه قلنا سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيميا للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا الظاهر نعتبه للدفع وما ذكره هو يعتبره للاستحقاق والظاهر لا يصلح للاستحقاق ويصلح للدفع ولومات مسلم وتحته نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته فقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعده فالقول للورثة أيضاً ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح للاستحقاق ومقصودها ذلك وأما الورثة فإرادهم الدفع ويشهد لهم ظاهر الحدوث أيضاً فاحاصله أن الظاهر لا يصلح للاستحقاق وهي تدعى به الاستحقاق في المسئلتين ويصلح للدفع وهم يدعون به الدفع فكان القول قواهم في المسئلتين ولا يرد على هذا مسائل ذكرت على سبيل النقض منها ما اذا كان في يد رجل عبد فقال رجل فقالت عينه وهو في ملك البائع وقال المشتري فقائه وهو في ملكي كان القول للمشتري فيأخذ أرشبه منه فاستحق بالظاهر لانا نقول لا يجوز أن يكون العبد لرجل وارشه لغيره فلهذا استحققه هو لا بمجرد الظهور ومنها ما اذا اختلف المؤجر والمستأجر في جريان ماء الطاحونة وحكم الحال فكان جاري في الحال يستحق الاجرة بهذا الظاهر لانا نقول إنما لا يستحق بالظاهر إذا لم يكن سبب الاستحقاق موجوداً في الحال وأما اذا كان السبب موجوداً بيقين فيستحق به فهنا سبب الاستحقاق وهو عقد الاجارة موجود في الحال وكذا في المسئلة الأولى السبب وهو ملك الرقبة موجود في الحال بخلاف الزوجية في مسئلة الميراث فانها ليست بوجوده في الحال ومنها أن المرأة اذا ادعت أن زوجها أبانها في المرض وصار فاراً فاسترث وقالت الورثة أبانها في الصحة فلا ترث كان القول قولها فاسترث بان الظاهر يضاف الى أقرب أوقانه لانا نقول انما ترث لانها تنكر المانع وهو الطلاق في الصحة والاصل عدمه قال رحمه (وإن قال المودع هذا ابن مودعي لا وارث له غيره دفع المال اليه) يعني اذا مات رجل وله مال عند رجل ودیعة فقال المستودع هذا ابن الميت لا وارث له غيره فانه يجب عليه دفع المال اليه لا قراره بان ما في يده ملك الوارث خلافة عن الميت فصار كما اذا أقر أنه ملك المورث وهو حي اصله بخلاف ما اذا أقر رجل أنه وكيل المودع بالقبض وأنه اشتراعه منه حيث لا يؤمر بالدفع اليه لان فيه ابطال حق المودع في العين بازالتها عن يده لان المودع كسب المالك فلا يقبل اقراره عليه ولا كذلك بعدم موته بخلاف المدين اذا أقر أنه وكيل الطالب بقبض دينه حيث يؤمر بالدفع اليه لانه اقراره بخالص حقه اذا الدينون تقضي بامثاله فيؤمر بالدفع اليه ولو دفع الى الوكيل في الوديعة قال علاء الدين ليس له أن يسترد من الوكيل لانه ساع في نقض ما أوجبه وكان ينبغي له أن يسترد لان اقراره ليس بحجة في حق المودع والحفظ واجب عليه فيكون بالدفع متعبداً وله هذا يضمن اذا جاء المودع وأنكر التوكيل ولو لم يسلم الى الوكيل حتى ضاعت عنده قال في النهاية قيل لا يضمن وكان ينبغي أن يضمن لانه في زعمه وكيل والمنع من وكيله كالمنع منه واختلف في اللقطة اذا أقر الملتقط أنها لفلان هل يؤمر بالدفع ولو ادعى أنه وصى الميت فصدق مودع الميت أو غاصبه أو وصيه لا يؤمر بالدفع اليه قال

الا حاد قد ثبت ما وجب استحقاقاً اه كمال وكتب مانصة قوله كما في جريان ماء الطاحونة اختلفنا في وجوب الاجر بعد المدة فالمستأجر يقول الماء منقطع فلا يجب الاجر وقال الآخر جاري فيجب الاجر فلو كان الماء في الحال جاريًا كان القول للآخر ولو كان منقطعاً كان القول للمستأجر وهذا حكم باستحباب الحال في حق ماضى بخلاف المفقود فان هناك حكماً باستحباب الحال الماضي في حق الحال فعلم ان العمل بالاستحباب تارة يكون من الحال للماضي وتارة من الماضي الى الحال اه كما في (قوله وأما الورثة فإرادهم الدفع) أي والاستحباب يكفي لهم في ذلك وهو استحباب ما في الماضي من كفره الى ما بعد موته فالمسئلة ثلثان مبنيتان على أصل واحد وهو ان الاستحباب اعتبر فيه للدفع لئلا يستحق اه كمال (قوله حيث لا يؤمر

بالدفع اليه) أي لأنه أقر بقيام حق المودع وملكه في الوديعة الآن اذ هو حي فيكون اقراره على مال الغير ولا كذلك رحمه بعدم موته زوال ملكه فانه أقر له ملكه ما في يده من غير ثبوت ملك مالك معين فيه للحال وفي فصل الشراء وان كان قد أقر بزوال ملك المودع لكن لا ينفذ في حق غيره أعني المالك لانه لا علة ابطال ملكه باقراره فصار كالقرار بالوكالة بقبض الوديعة اه كمال (قوله اذا الدينون تقضي بامثاله) والمثل ملك المقر اه كمال وقوله بامثاله أي لأبغيتها فكان اقراره على نفسه فصم اه غايه (قوله ولو دفع الى الوكيل في الوديعة) يعني لو دفع الى الذي اعترف له بالوكالة بقبض الوديعة اه (قوله ولو لم يسلم الى الوكيل حتى ضاعت) قيل يضمنها لانه منعها من وكيل المودع في زعمه فهو كما لو منعها من نفس المودع وقيل لانه لم يجب عليه الدفع اه كمال

(قوله كما إذا كان الأول ابننا الخ) قال الكمال وهل يضمن للابن الثاني قال في غاية السنان انه لا يغرم المودع للابن الثاني شيئا باقراره لان استحتماقه لم يثبت فلم يتحقق التلف وهذا لانه لا يلزم من مجزئته موت البنت موت الارث فلا يكون الاقرار بالبنت اقرارا بالمال وفي الدراية والنهاية وغيرهما يضمن المودع نصف ما أدى للابن الثاني الذي أقره اذا دفع (٣٠١) الوديعة بغير قضاء القاضي

وبه قال الشافعي في قول
وأجد في قول وفي قول
لا يضمن لان اقراره للثاني
صادف ملائمة الغير فلا يلزم
منه شيء اهـ (قوله وهذا
شيء احتاط به بعض القضاة)
كأنه عني به ابن أبي ليلى فانه
كان يقع به بالكوفة
اهـ كمال (قوله وقال لا يأخذ
الكفيل) أي لا يدفع اليهم
حتى يكفوا اهـ فتح (قوله
قلنا معناه كل مجتهد مصيب
بالاجتهاد) أي حتى يثاب
عليه وان وقع اجتهاده
مخالفا للحق عند الله تعالى
وقال محمد لولا عناثنا لما
ففرق القاضي بينهما انفذ
قضاؤه وقد أخطأ السنة
جعل قضاءه صوابا مع
فتواه أنه مخطئ الحق عند
الله تعالى كذا في التلويح
(قوله في المتن ولو ادعى دارا
ارنا الخ) هذه من مسائل
الجامع الصغير وصورتها
فيه محمد عن يعقوب عن
أبي حنيفة في دار في يدي
رجل أقام رجل البيعة
ان أباه مات وتركها ميراثا
بينه وبين أخيه فلان
ولا وارث له غيره ما قال
يقضي له القاضي بنصفها
ويترك النصف الباقي في يد
الذي في يده الدار ولا يستوفى
منه بكفيل وقال أبو

رجه الله (وان قال لا آخر هذا ابنه أيضا وكذبه الأول قضى للأول) يعني قال مودع الميت لرجل آخر
بعد ما أقر للأول هذا أيضا ابنه وكذبه الابن الأول قضى بالمال للابن الأول لان اقراره قد صح وانقطع
يده عن المال فيكون هذا اقرارا على الغير فلا يصح كما اذا كان الأول ابننا معروفا بخلاف اقراره الأول
حيث قيل لعدم من يكذبه فان قيل ينبغى أن يضمن المودع هذا للقوله الثاني كما قلنا في مودع القاضي
المعزول اذا بدأ بالاقرار بما في يده لانه انما أقر بان القاضي المعزول سلمه اليه فانه يضمن للقاضي
على ما مر من قبل قلنا هنا أيضا يضمن نصيبه اذا دفع الى المقر له الأول بغير قضاء القاضي ذكره في النهاية
قال رحمه الله (ميراث قسم بين الغرماء لا يكفل منهم ولا من وارث) وهذا شيء احتاط به بعض القضاة وهو
ظلم وهذا عند أبي حنيفة وقال لا يأخذ الكفيل منهم والخلاف فيما اذا ثبت الدين والارث
بالشهادة ولم تقبل الشهادة ولا نعلم له وارثا غيرهم وأما اذا ثبت بالاقرار بأخذ كفيل بالاتفاق وان
قالوا لا نعلم له وارثا غيرهم لا يؤخذ منهم كقيل بالاتفاق وتصيل ما يقسم من التركة بقولهم وما لا يقسم
وما يحتاج فيه الى إقامة البيعة على عدد الورثة وما لا يحتاج فيه وما فيه من الخلاف وما لا خلاف
فيه من ذلك يذكر في كتاب القسمة إن شاء الله تعالى له ما ان القاضي ناظر للغيب ويحتمل أن يكون له
وارث أو غيرهم فائت بل هو الظاهر لان الموت يأتي بغتة فيحتاج بالكفالة كما اذا دفع اللقطة أو الابق
إلى صاحبه أو أعطى امرأة الغائب النفقة من مال زوجها ولا يبي حنيفة رحمه الله أن حق الحاضر
ثبت قطعا أو ظاهرا فلا يؤخر لأجل الموهوم إلى أن يعطى الكفيل كما اذا ثبت الشراء من هو في يده أو
أنبت الدين على العبد حتى يبيع في دينه وهذا لان القاضي مأمور بما ظهر عنده لا يطلب ما لم يظهر
فلا يجوز تأخيرهم أرايت أنه لو لم يجد كفيل كان يمنع حقه ولان المكفول له مجهول فصار كما إذا كفيل
لأخذ الغرماء بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت وهو معلوم والابق واللقطة على الخلاف في الأصح
إن كان الدفع إليه باقامة البيعة لانه لما أثبت بيئته حرم تأخير حقه ولا كذلك الدفع بذكر العلامة لان
الدفع إليه في هذه الحالة غير واجب فلهذا جاز منعه فكذا تأخيرهم لعدم الاستحقاق بخلاف الإثبات بالبيعة
لان الدفع مستحق فيه ولا يقال إن القاضي يتأولم في هذه الصور ولا يدفع إليه حتى يغلب على ظنه أنه
لا وارث له غيرهم بالاتفاق ولو كان التأخير ظلمًا لما فعل ذلك لاننا نقول لا يجوز للقاضي منع حق
المستحق إلى معنى آخر بعد نظره يقينا شرعا لأجل موهوم غير ثابت ألا ترى أن الوهم موجود وان
قال الشهود لا نعلم له وارثا آخر ولو كان لأجل الوهم تسكيف لوجب التسكيف فيه بخلاف التلوم فانه في
التلوم يحتاج لنفسه بطلب علم زائد بقاء الشريك المستحق معه بقدر الامكان ومثله جائز ألا ترى أن
القاضي يطلب من الشهود أن يقولوا لا وارث له غيرهم وهو ليس بشهادة لان الشهادة على النقي لا يجوز
ولكنه يزاد به طمأنينة القلب فكذا التلوم وقد رمدته موقوف الى رأى القاضي وقدره الطحاوي
بالحول وقوله وهو ظلم أي يصل عن سواء السبيل وفيه دليل على أن المجتهد مخطئ ويصيب وعلى أن أبا
حنيفة رحمه الله برئ عن الاعتزال لا كما ظنه البعض بسبب ما نقل عنه أنه قال ليوسف بن خالد السلمي
كل مجتهد مصيب والحق عند الله واحد قلنا معناه كل مجتهد مصيب بالاجتهاد إذ هو المأمور به وهو
حجة في حق عمله حتى يحكم بحجته ولا يجوز له العدول عنه وإن أخطأ الحق الذي هو عند الله تعالى فيكون
كأنه أصاب الحق قال رحمه الله (ولو ادعى دارا المرثاة لنفسه ولا أخ له غائب وبرهن عليه أخذ نصف المدعى
فقط) يعني أخذ النصف الذي هو نصيب الحاضر وترك نصيب الغائب في يدي السيد ولا يستوفى من

(٢٦ - زيلعي رابع) يوسف ومحمد اذا جددها أخذها منه وجعلها في يدي أمين حتى يقدم الغائب وان لم يكن جددها ترك النصف
في يده حتى يقدم الغائب الآخر الى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير قال في المختلف قيل ان هذا الاختلاف بناء على انه هل يجوز
القضاء للغائب عندهما يجوز وعنده لا يجوز وقيل لا خلاف في القضاء ولكن في ترك نصيبه في يدي اليد الى هنا لفظ المختلف اهـ غاية

(قوله بخلاف ما إذا كان مقرا) أي لانه أمين الميت فلا ينزع من يده لعدم الفائدة لانه إذا أخذ منه توضع في يد أمين آخر فإذا كان الذي في يده الدار أمينا لا يحتاج الى أمين (٣٠٣) آخره اتفاقا (قوله وان كانت الدعوى في المنقول الخ) قال الزاهد العتابي ولو كان

ذو اليد بكفيل وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال إن كان الذي هو في يده جاحدا أخذ منه وجعل في يد أمين وإن لم يجد ترك في يده لأن الجاحد خائن فلا يترك في يده إذ لا يؤمن من الخود ثانيا والقاضي نصب ناظرا للغيب وليس في تركه في يده من النظر شيء لأن البيعة لا توجد في كل مرة ولا كل قاض يعدل فتعين الأخذ منه ووضعها في يده عدل ولأنه يخاف أن يتصرف فيه لأن من يدعي أن الشيء له هو في يده لا يمنع من التصرف فيه عدلا كان أو غير عدل بخلاف ما إذا كان مقرا لأن النظر في تركه في يده متعين ولا يبيح حنيفة رحمه الله أن الحاضر ليس بمخصص عن الغائب في استيفاء نصيبه وليس للقاضي أن يتعرض لودائع الناس ولا غيرها حتى يأخذها من أيديهم عنده فصار تفسير ما لو عرف القاضي مالكا لانسأله ثم رآه في يد غيره فإنه لا يأخذ منه ولا يبرئ له ما لم يحضر خصمه فكذا هذا وهذا لأن القضاء وقع للميت موصودا ولهذا قضى على ذي اليد بكل الدار بحضور البعض من الورثة وتقضي به يادونه وتنفيذ به وصاياه وصاحب اليد مختار الميت أو يحتمل ذلك فلا ينقض يده كمال إذا كان مقرا وبجوده قد ارتفع بقضاء القاضي فالظاهر أنه لا يضر به ولا يمكنه الجود بعد ذلك لتكون الحادثة معلومة له وللقاضي ومسحها في خريطة القاضي ولا يقال يحتمل أن يموت القاضي فعودا الى الانكار لانا نقول موت القاضي أو الشهود الذين عاينوا القضاء أو الذين شهدوا بأصل الحق أو نسيانهم من أندر ما يكون فلا يعتبر وإن كانت الدعوى في المنقول فقد قيل لا يترك النصف الذي هو الغائب بالاتفاق بل ينزع منه ويدفع إلى عدل يحفظه لحاجته إلى الحفظ بخلاف العقار لانه محصن بنفسه ولهذا أعلك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب لأن له ولاية الحفظ عليه كالأب ذلك وكذا حكم وصي الأم والأخ والم على الصغير فيما ورثه منهم لأنهم على حفظه على الصغير دون التصرف فيه ووصيهم قائم مقامهم فيما لم يكونه وقيل المنقول أيضا على الخلاف وقول أبي حنيفة رحمه الله فيه أنه أظهر بمعنى أنه مضمون عليه ولو أخذ ودفع إلى أمين القاضي كان أمانة فكان الترك أبعدهم من التوى وإنما لا يؤخذ الكفيل منه لأن فيها إنشاء خصوصية والقاضي نصب لقطعها لالانشائها وإذا حضر الغائب لا يحتاج إلى إعادة البيعة ولا القضاء لأن أحد الورثة ينصب خصما عن الميت فيثبت الملك للميت ثم يكون لهم بطريق الميراث عنه وكذا يقوم الواحد مقامه فيما عليه ديناً كان أو عيناً فيقوم مقام سائر الورثة في ذلك بخلاف نفس الاستيفاء فإنه عامل فيه لنفسه لا عن الميت فلا يصلح نائباً لهم أيضا لعدم التوكيل منهم ولعدم قيامهم فيه مقام الميت بخلاف الأبيات فإنه نائب فيه عن الميت فيما له وعليه فيكون نائباً لهم أيضا في ضمنه وذلك في الجامع الكبير إنما يكون قضاؤه على جميع الورثة إذا كان المدعي في يد الوارث الحاضر ولو كان البعض في يده يتقدر بقدره لأن دعوى العين لا توجه إلا على ذي اليد فلا يكون خصما عنهم إلا في قدر ما في يده بخلاف ما إذا كان المدعي على الميت ديناً حيث ينتصب فيه بعض الورثة خصما عن الكل مطلقا قال رحمه الله (ومن قال مالى أو مالى ملك في المساكين صدقة فهو على مال الزكاة ولو أوصى بثلث ماله فهو على كل شيء) والقياس أن يكون كالوصية فيلزمه التصديق بالكل وبه قال زفر رحمه الله لأن اسم المال يتناول الكل قال الله تعالى ولأنه كالأموال لكم ينسكم بالباطل وجه الاستحسان أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى ومطلق المال في باب الصدقات بإيجاب الله فنصرف الى البعض كقوله تعالى وفي أموالهم حق معلوم وقوله تعالى خذ من أموالهم صدقة تطهرهم فكذا ما يوجب العبد على نفسه بخلاف الوصية لأنها أخت الميراث والأرض يجري في جميع الأموال فكذا هي ولأن العادة أن الإنسان يلتزم الصدقة من فضول ماله وهو مال الزكاة حال حياته وجميع المال حال وفاته ويدخل فيه جنس ما يجب فيه الزكاة وهي السوائم والتعدان وعروض التجارة سواء بلغت نصاباً أو لم تبلغ قدر النصاب

عروضاً يؤخذ من يده بالأجماع لأن العروض يمكن تعيينه اه اتفاقا (قوله ولهذا أعلك الوصي) أي ولاجل أن المنقول يحتاج إلى الحفظ دون العقار والبيع أبلغ في حفظه من تركه اه (قوله والقاضي نصب لقطعها لالانشائها) وهذا لانه ربما لا يجد كفيل ولا يسمح باعطائه والاخ الحاضر يطالب به فتشور الخصومة اه كمال (قوله وإذا حضر الغائب لا يحتاج إلى إعادة البيعة ولا القضاء) أي ويسلم النصف اليه بذلك القضاء البكاش في غيبته اه فتح (قوله بخلاف نفس الاستيفاء) أي استيفاء نصيبه اه (قوله ولو أوصى بثلث ماله فهو على كل شيء) وهذا استحسان أخذه عما ونا الثلاثة اه غاية (قوله والقياس أن يكون كالوصية فيلزمه التصديق بالكل) أي بكل مال له سواء كان من جنس مال الزكاة أو لم يكن اه (قوله وبه قال زفر) أي والبتى والنخعي والشافعي لعموم اسم المال كالوصية وقال صلى الله عليه وسلم من نذر أن يطعم الله فليطعه وقال مالك وأحمد يتصدق بثلث ماله لقوله صلى الله عليه وسلم لا يبيات حين قال إن من توبتى أن أنخلع من مالى

وسواء

يجوزك الثلث اه كمال (قوله وجه الاستحسان أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى) ألا ترى أنه لو قال الله على أطعام ينصرف الى أطعام عشرة مساكين استدلالاً بإيجاب الله تعالى فكذا هنا اه كاك

(قوله لان المعتبر جنس ما يجب فيه الزكاة لا قدرها) ولذا قال الوالدان يتصدق بعالمه وعليه دين محبط بكل ماله لزمه أن يتصدق به فان قضى به دينه لزمه أن يتصدق بما يكتبه بعده الى أن يوفى اه كمال (قوله ويدخل فيه الاراضى العشرية) قال الكمال وهل تدخل الارض العشرية فيجب التصديق بها عند أبي يوسف نعم لان جهة الصدقة غالبية (٣٠٣) في العشر وروى ذلك عن أبي حنيفة وعند

محمد لان جهة المؤنة غالبية
عنده اه (قوله بخلاف الوكيل) حتى لو باع الوصى شيئا من التركة قبل العلم بالوصية جاز البيع وهذه رواية الزيادة وبعض روايات المأذون فعلى هذه الرواية يحتاج الى الفرق بين الوكالة والوصاية وفرقهما أن الوصاية خلافة كالارث فلا يتوقف كالارث فتثبت بلا علم والوكالة لا يشترط العلم كما في اثبات الملك بالبيع والشراء وعلى رواية كتاب الوكالة لا يشترط العلم للوكالة أيضا اعتبارا بالوصاية لان كل واحد منهما ما ثبتت الولاية ألا ترى الى ما قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسييجاني في شرح الكافي واذا كان لرجل عبد عند رجل فقال لرجل انطلق واشترع عبدى من فلان لنفسك فذهب فاشترعه ولم يكن رب العبد وكل البائع بالبيع فان هذا البيع يجوز ويكون أمر المشتري بالشراء وكالة للبائع بالبيع قال هكذا كرهنا ثم قال وذكري الزيادة وبعض رواية المأذون أنه لا يكون اذا ما لم يعلم الرسول بذلك كذا في شيخ الاسلام

وسواء كان عليه دين مستغرق أو لم يكن عليه دين لان المعتبر جنس ما يجب فيه الزكاة لا قدرها ولا شرائها وتدخل فيه الاراضى العشرية عند أبي يوسف رحمه الله لانها سبب الصدقة ألا ترى أن مصرفه مصارف الزكاة فكانت جهة الصدقة فيها راجحة وعند محمد رحمه الله لا تدخل لانها سبب المؤنة ولهذا يجب في أرض الصبي والمكاتب وفي أرض لأمالك لها كالأوقاف فكانت جهة المؤنة راجحة عنده وذكري النهاية قول أبي حنيفة رحمه الله مع قول محمد رحمه الله قال ذكره الترمذى معه ولا تدخل الأرض الخراجية لانها تخضع مؤنة ولا تدخل الرقيق للخدمة ولا العقار وأما المنازل وثياب البدلة وسلاح الاستعمال ونحو ذلك مما ليس من أموال الزكاة لما ذكرنا ومن مشايخنا من قال في قوله ما أملاك أو جيع ما أملاك في المساكين صدقة يجب عليه أن يتصدق بجميع ما يملك قياسا واستحسانا وانما القياس والاستحسان في قوله مالى صدقة أو جميع مالى صدقة لان الملك أعم من المال ألا ترى أن الملك يطلق على المال وعلى غيره يقال ملك النكاح ومالك القصاص وملك المنفعة والمال لا يطلق على ما ليس بمال فاذا كان لفظ الملك أعم تناول جميع ما يتصدق به كالنوص عليه بأن قال كل مال أملكه مما يتصدق به فهو صدقة والصحيح هو الاول لانهم ما يستعملان استعمالا واحدا فيكون النص الوارد في أحدهما واردا في الآخر فيكون فيه القياس والاستحسان كما في المال ولان الانسان عادة يلتزم التصديق بالفاضل على الحاجة فينصرف فيم الى جنس ما يجب فيه الزكاة ثم اذا لم يمكن له مال سوى ما دخل تحت الإيجاب عين من ذلك قدر قوته فاذا أصاب شيئا بعد ذلك تصدق به على ما أملاك لان حاجته مقدمة ولو لم يسلك قدر حاجته لتكفف الناس من ساعته وليس من الحكمة أن يتصدق بما عنده ثم يتكفف من ساعته ولم يسكن في المبسوط قدر ما يسلك لان ذلك يختلف باختلاف العيال وباختلاف ما يتجدد له من التخصيل فبعض أهل الحرف يحصل لهم كل يوم وبعضهم كل ثلاثة أيام وبعضهم أكثر وبعضهم أقل وكذا أهل التجارة وأهل الزرع يتجدد لهم في كل سنة وأهل الغلة في كل شهر عادة وهم الذين لهم دور وحوانيت وخانات يؤجرهن فليس كل صدقة قدر ما يكفيه الى أن يتجدد له حاصله قال رحمه الله (ومن أوصى اليه ولم يعلم بالوصية فهو وصى بخلاف الوكيل) حتى لو باع الوصى شيئا من التركة قبل العلم بالوصية جاز البيع ولو باع الوكيل مال الموكل قبل العلم بالوكالة ثم علم لم يجز وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يجوز في الوصية أيضا حتى يعلم لان كل واحد منهما ما ثبتت الولاية إلا أن أحدهما في حالة الحياة والآخر بعد الممات وجه الاول أن الوصية خلافة لانه يتصرف بعد انقطاع ولاية الموصى فلا يتوقف على العلم كتصرف الوارث وكسبوت الملك له والولاية ألا ترى أن أبا الصغير لومات وباع الخدم ماله من غير علم عوته جاز فكذا هذا أما الوكالة فثبتت ولاية التصرف في ماله وليس باستخلاف لبقاء ولاية الموكل فلا يصح بلا علم من يثبت له الولاية كاثبات الولاية باثبات الملك بالبيع ولأن الموكل قادر في تصرف بنفسه فلا يفوته النظرة للاحاجة الى اثباته بدون العلم بخلاف الميت والأذن بالتجارة للعبد والصغير بمنزلة الوكالة فلا تثبت الا بعد العلم ولا يجوز تصرف المأذون له قبله لان الأذن مأخوذ من الأذان وهو الاعلام فلا يتصور بدون العلم قال رحمه الله (ومن أعلم بالوكالة صح تصرفه) أى اذا وكل رجلا وهو لا يعلم فأعلمه واحد من الناس كان وكبلا وجاز تصرفه سواء أخبره بذلك عدل أو غير عدل صغير أو كبير لانه من المعاملات

المذكور في باب ما لا يجوز فيه الوكالة من شرح الكافي اه قاله الاتفاقى في كتاب الوصية قال وقد مر تمام البيان في كتاب أدب القاضى في فصل القضاء بالمواريث اه وانظر ما ذكره في المحيط في كتاب الوكالة في باب ما يقع به الوكالة وقد قال فيه فالأصل أن الوكيل هل يصير وكيل قبل العلم به فيه روايتان والوصى يصير وصيا بدون العلم اه (قوله فلا يتوقف على العلم كتصرف الوارث) يعنى لو باع الوارث تركته الميت بعد موته وهو لا يعلم عوته جاز بيعه اه بدائع (قوله في المتن ومن أعلم بالوكالة صح تصرفه) وقال الشافعى وأحمد لا تثبت الوكالة بخبر

الواحد أصل لانها تتضمن عقدا كغيره من العقود ولانه تسليط على مال الغير اه فتح (قوله وليس فيه الزام) فانه مختار في القبول وعدمه فكان قبول الهدية ممن ذكر أنها على يده (٢٠٤) وهو محل الاجماع والنص فقد كان صلى الله عليه وسلم يقبلها من العبد والنقي

ويشتري من الكافر اه فتح (قوله في المثل ولا يثبت عزله الابدل أو مستورين) قال الكمال وأجمعوا أن المخبر بالعزل لو كان فاسقا وصدقه ينعزل اه (قوله الا التميز) لانهم من المعاملات وليس بشهادة ولهذا لا يشترط لفظة الشهادة ومجلس القضاء فمعتبر خبر الواحد عدلا كان أو لم يكن اه غاية (قوله فصار كالاخبار بالتوكيل الخ) ثم اثبت الوكالة يصح بخبر الواحد حرا كان أو عبدا عدلا كان أو فاسقا رجلا كان أو امرأة صبيها كان أو بالغا وكذلك العزل عندهما يثبت بخبر الواحد مطلقا وعند أبي حنيفة يشترط العدد أو العدلة حتى لا يثبت العزل عنده الا بخبر الاثنين أو بخبر الواحد العدل قالوا في شرح الجامع الصغير وعلى هذا الخلاف مولى العبد الحاني اذا أخبر بالجنابة فباع أو أعتق هل يصير مختارا للفداء وكذا الشفيع اذا سكنت بعد ما أخبر بالبائع وكذا البكر اذا سكنت بعد ما أخبر بالبكر وكذا الولي وكذا الذي أسلم في دار الحرب ولم يهاجر فأخبر بالشرائع وكذا العبد

وليس فيه الزام وانما فيه الاطلاق فلا يشترط فيه العدلة كسائر المعاملات وكذا لا يشترط فيه الحرية ولا الاسلام وحاصله أنه من المعاملات فلا يشترط فيه الا التميز قال رحمه الله (ولا يثبت عزله الابدل أو مستورين كالاخبار بالسيد بجنابة عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر) يعني لا يثبت عزله عن الوكالة الا بخبر عدل واحد أو اثنين غير عدل الخ وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالارجهما الله لا يشترط في الخبر بهذه الاشياء الا التميز لانهم من المعاملات فصار كالاخبار بالتوكيل على ما بينا ولا يثبت حنيفة رحمه الله أن في هذه الاشياء الزام من وجه فيشترط فيه أحد شرطى الشهادة اما العدد أو العدلة بيان الزام أن التوكيل يلزمه العهدة على تقدير أن يتصرف ولا يلزمه شيء على تقدير عدم التصرف وكذا الشفيع يلزمه سقوط الشفعة على تقدير سكوتة وعلى تقدير الطلب لا يلزمه شيء وكذا البكر على تقدير السكوت يلزمه النكاح وعلى تقدير الرذالة يلزمها وكذا السيد على تقدير التصرف فيه بالعق و غيره يلزمه الارش وعلى تقدير عدم التصرف لا يلزمه في كل موضع يلزمه من كل وجه يشترط فيه العدد أو العدلة كافي المنازعات عند المحكام وفيما لا يلزمه من كل وجه لا يشترط فيه العدد ولا العدلة فاذا كان فيه الزام من وجه دون وجه يشترط فيه أحدهما وقد بيناه في النكاح وأما المسلم الذي أسلم في دار الحرب ولم يهاجر اليها فالاصح أنه يقبل فيه خبر الفاسق حتى تجب عليه الاحكام بخبره لان المخبر به رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم لقوله عليه الصلاة والسلام ألا فليبلغ الحديث وفي الرسول لا يشترط العدلة كالباكر اذا أخبرها رسول الولي بالتزويج وهذا الخلاف فيما اذا عزله الموكل وبلغه وأما اذا لم يبلغه فهو على وكالته حتى يبلغه بالاجماع لان نهى العبد معتبر بنواهي الشرع فكما لا يثبت النهي في الشرع بعد الاطلاق قبل الباطل الى المكلف حتى لا يحرم عليه قبله فكذا نهى العبد وهذا في العزل القصدي وأما اذا كان حكيما فثبت وينعزل قبل العلم به وذلك مثل موت الموكل وجنونه مطبقا قال رحمه الله (ولو باع القاضى أو أأمينه عبد الغرماء وأخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن) أى ضاع عن العبد في يد البائع وهو القاضى أو أأمينه لم يضمن القاضى ولا أأمينه الثمن للمشتري لان أمين القاضى قائم مقام القاضى والقاضى قائم مقام الخليفة وكل واحد منهم لا يلزمه الضمان لانه لو لم يضمن الضمان لتقاء دواعي قبول هذه الامانة كيلا يلزمهم الضمان وتعللت مصالح المسلمين وكذا الوقبض الثمن وضاع في يده وهلك العبد قبل التسليم الى المشتري لا يضمن القاضى ولا أأمينه الثمن لما ذكرنا قال رحمه الله (ورجع المشتري على الغرماء) لان الباع واقع لهم فيكون عهده عليهم عند تعذر رجوعها على العاقد كما يجعل العهدة على الموكل اذا تعذر رجوعها على الوكيل بان كان الوكيل عبدا أو صبيما محجورا عليه لان العقد وقع له قال رحمه الله (وان أمر القاضى الوصى ببيعه فاستحق أو مات قبل القبض وضاع المال رجع المشتري على الوصى) لان الوصى هو العاقد نيابة عن الميت فترجع الحقوق اليه كما اذا وكله حال حياته وهذا اذا كان الميت أوصى اليه فظاهر وكذا اذا نصبه القاضى لان القاضى انما نصبه ليكون قائما مقام الميت لا ليكون قائما مقام القاضى فصار كمن أوصى اليه الميت قال رحمه الله (وهو على الغرماء) أى رجع الوصى على الغرماء لانه عامل لهم ومن عمل لغيره عملا ولحقه بسببه ضمان يرجع بدعي من يقع له العمل ولو ظهر للميت بعد ذلك مال رجع الغريم فيه بدنه لان دينه لم يصل اليه فيرجع بما ضمن للوصى أو للمشتري في المسئلة الاولى وهو ما اذا كان البائع هو القاضى أو أأمينه لانه قضى ذلك وهو مضطرب فيه وقيل لا يرجع به لان الضمان وجب عليه بفعلة لان قبض الوصى كقبضه والاوّل أصح لما ذكرنا الوارث اذا بيع له

لما ذنوا أخبر بالخبر فعند أبي حنيفة لا بد من العدد أو العدلة حتى يصير المولى مختارا للفداء ويصل حق الشفيع بالسكوت ويكون السكوت رضا في البكر ويلزم الشرائع على الذي أسلم وعندهما لا يشترط العدد والعدلة اه اتفاقا والحاصل أنهم يعتبران الانهاء بالابتداء غاية (قوله فيرجع بما ضمن للوصى أو للمشتري) قال الكمال فلو ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدنه بلا شك

كان

بالسكوت ويكون السكوت رضا في البكر ويلزم الشرائع على الذي أسلم وعندهما لا يشترط العدد والعدلة اه اتفاقا والحاصل أنهم يعتبران الانهاء بالابتداء غاية (قوله فيرجع بما ضمن للوصى أو للمشتري) قال الكمال فلو ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدنه بلا شك

وهل يرجع بما ضمن للمشتري قال المصنف قالوا ويجوز أن يقال يرجع (٣٠٥) بالمائة التي غرمها أيضاً بزيادة المائة ما ضمن

للمشتري وفرضه مائة لانه لحقه ذلك في أمر الميت ويتبعني أن يكون هذا بالاتفاق أعني جواز أن يقال وأما الواقع من القول بالرجوع بما ضمن ففيه خلاف قيل نعم وقال محمد الأئمة السرخسي لا يأخذ في التصحيح من الجواب لان الغريم إنما ضمن من حيث ان العقد وقع له فلم يكن له أن يرجع على غيره وفي الكافي الاصح الرجوع لانه قضى ذلك وهو مضطر فيه فقد اختلف في التصحيح كما سمعت اه (قوله وان كان القاضى أو أمينه هو العاقد يرجع عليه) أى على الوارث اذا كان أهلاً وان لم يكن أهلاً نصب القاضى عنه من يقضى دينه اه كى (قوله وان كان عدلاً جاهلاً يستفسر) أى عن قضائه اه غاية (قوله لا يقبل قوله وان كان فاسقاً) يعنى سواء كان عالماً أو جاهلاً فشملى صورتين والاقسام على هذا أربعة عدل عالم لا يستفسر عدل جاهل يستفسر فاسق عالم فاسق جاهل لا يقبل قوله ما الا ان عاين الحجة اه (قوله ولو أقر الاخذ والقاطع) والقاطع في هذا الفصل أراد بهذا الفصل ما اذا زعم المأخوذ منه أو المقتطوع يده أن الاخذ أو القاطع وقع قبل تقليد القضاء أو بعد العزل اه غاية

كان بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عالماً لانه يرجع عليه بما لحقه من العهدة ان كان هو وصى الميت وان كان القاضى أو أمينه هو العاقد يرجع عليه المشتري لما ذكرنا قال رحمه الله (ولو قال قاض عدل عالم قضيت على هذا بالرجع أو بالقطع أو بالضرب فافعله وسعك فعله) فيده هنا يكونه عدلاً عالماً وفي الجامع الصغير لم يقدمهما وهو الظاهر وانما يسعه فعله لان طاعة أولى الامر واجبة قال الله تعالى أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الامر منكم وفي تصديقه طاعة ولان أخبر عن أمر علك انشاء في الحال فيقبل قوله لخلوه عن التهمة ولانه لا يولى في موضع واحد الا قاض واحد في الاعصار كلها ولو لم يقبل قوله وحده لولى في مكان قاضيان فعلم بذلك أن قوله حجة ثم يرجع محمد رحمه الله عن هذا فقال لا يؤخذ بقوله الا ان يعاين الحجة أو يشهد بذلك مع القاضى عدل وبه أخذ مشايخنا رجعهم الله لفساد أكثر قضاة زماننا والنداءك غير ممكن ولان قبول خبر الواحد رتبة الانبياء عليهم الصلاة والسلام وغيرهم غير معصوم عن المكذب والغلط الا في كتاب القاضى الى القاضى لضرورة احياء الحقوق ولان الحياة في منسله فلما نفع وقال أبو منصور الماتريدي رحمه الله ان كان عدلاً عالماً يقبل قوله لانعدام تهمة الخيانة واحتمال الخطأ لانه لعدالة يضمن من الميل بالرشوة ولفقه به يؤمن من الغلط ظاهراً وان كان عدلاً جاهلاً لا يستفسر لان الجاهل قد يظن غير الدليل دليلاً فان أحسن بأن ذكر شرطه مثل أن يحكم بحجة الزنا مثلاً باقرار أو يدينه فيما نرى بشرائطه عند التفسير ووجب تصديقه لان عدالة تهمة عنه عن الكذب وان لم يحسن بأن أدخل في شرطه من نصاب الشهادة والتكرار في الاقرار ونحو ذلك لا يقبل قوله وان كان فاسقاً كذلك الا ان يعاين الحجة والمصنف اختار هذا القول لاحتمال الخطأ والحياة قال الله تعالى في نبا الفاسق ان جاءكم فاسق ببناتيين وان لم يصدقه فليعين على القاضى لان العيين تجب على الخصم والقاضى ليس بخصم وانما هو أمين ولو صار خصماً لما نفذ قضاؤه قال (وان قال قاض عزل لرجل أخذت منك ألفاً ودفعته الى زيد قضيت به علمك فقال الرجل أخذته ظمناً قال للقاضى) وكذا لو قال قضيت بشطع بذلك في حق اذا كان المقتطوع يده والمأخوذ منه مال مقرراً أنه فعله وهو قاض لان المقتضى عليه لما أقر أنه فعله في حال قضائه صار معترفاً بشهادة الظاهر للقاضى لان فعل القاضى على سبيل القضاء لا يوجب عليه الضمان بحال فعمل القول قوله ولا يجب على القاضى في ذلك عين لانه ثبت أنه فعل ذلك في حال قضائه بتصادقهما ولا عين على القاضى لما ذكرنا ولو أقر الاخذ والقاطع بما أقر به القاضى لم يضمناً أيضاً لان قول القاضى حجة ودفعه صحيح فصار اقراره به كقوله معاً ولوزعم المقتطوع يده أو المأخوذ منه انه لم يكن قاضياً يومئذ وانما فعل ذلك قبل التقليد أو بعد العزل كان القول للقاضى أيضاً لانه أسنده الى حالة معهودته متفقة للضمان فصار كما اذا قال طلق أو اعتقت أو أنا محنون والجنون كان معهوداً آمنه وقال شمس الأئمة السرخسي اذا زعم المدعى أن القاضى فعل ذلك بعد العزل كان القول قول المدعى لان هذا الفعل حادث فيضاف الى أقرب أوقاته ومن ادعى ناريخاً سابقاً لا يصدق الا بحجة لان الاصل متى وقعت المنازعة في الاسناد يحكم الحال كما اذا اختلفا في جريان ماء الطاحونة وهو لو فعل في هذه الحالة يجب عليه الضمان فلا يصدق في الاسناد الى حالة متفافية الا بحجة بخلاف المسئلة الاولى لانه ثبت الاسناد بتصادقهما والصحيح هو الاول لما ذكرنا وهو اختيارنا في الاسلام على البرزوى والصدور الشهيد ونظيره اذا قال العبد لغيره بعد انعتق قطع يدي وأنا عبد وقال المقر له بل قطعتم وأنت حر كان القول قول العبد وكذا لو قال المولى لعبد قد أعنته أخذت منك غلة كل شهر خمسة دراهم وأنت عبد وقال المعتق أخذتها بعد العتق كان القول قول المولى وكذا لو قيل بالبيع اذا قال بعث وسلمت قبل العزل وقال الموكل بعد العزل كان القول للموكل ان كان المبيع مستهلكاً وان كان قائماً فالقول قول الموكل لانه أخبر عما لا يملك الانشاء فيه فيصير مدعيه كذا في مسئلة الغلة لا يصدق في الغلة القائمة لانه أقر بالاخذ وبالاضافة يدعى عليه التملك ولو أقر القاطع والاخذ في هذا الفصل بما أقر به القاضى يضمنان لانهم ما أقرابسبب

وقع قبل تقليد القضاء أو بعد العزل اه غاية

(قوله ومن نظر هذه المسائل ما لو قال الوصي الخ) قال فاضحان رحمه الله في كتاب الوصايا في فصل في تصرفات الوصي في مال اليتيم وإذا بلغ الصبي وطلب ماله من الوصي فقال الوصي ضاع مني كان القول قوله لأنه أمين وإن قال أنفقت مالك عليك يصدق في نفقة مثله في تلك المدة ولا يقبل قوله فيما يكذبه الظاهر وإذا اختلفا في المدة فقال الوصي مات أبوه منذ عشر سنين وقال اليتيم مات أبي منذ خمس سنين ذكر في الكتاب أن القول قول الابن واختلف المشايخ قال شمس الأئمة السرخسي المذكور في الكتاب قول محمد أما على قول أبي يوسف القول قول الوصي وهذه أربع مسائل أحدها هذه والثانية إذا ادعى الوصي أن الميت ترك رقة مفاقاً نفقت عليهم إلى وقت كذا ثم مات وكذبه الابن قال محمد والحسن بن زياد أن القول قول الابن وقال أبو يوسف القول قول الوصي وأجمعوا على أن العبيد لو كانوا أحياء كان القول قول الوصي والمسئلة الثالثة إذا ادعى الوصي أن غلاماً للوصي أبق فجاء به رجل فأعطيت جعله أربعين درهماً والابن يشكر الأباقي كان القول قول الوصي في قول أبي يوسف وفي قول محمد والحسن بن زياد القول قول الابن الآن يأتي الوصي ببينة على ما ادعى وأجمعوا على أن الوصي لو قال استأجرت رجلاً لبرده فانه يكون مصداقاً والمسئلة الرابعة إذا قال الوصي أدبت خراج أرضك عشر سنين منذ مات أبوك وقال اليتيم انعمت أبي منذ خمس سنين كان القول قول الابن في قول محمد لأن الوصي يدعي تاريخاً سابقاً وهو يشكر وعلى قول أبي يوسف القول قول الوصي لأن اليتيم يدعي عليه وجوب تسليم (٢٠٦) المال وهو منكر فيكون القول قوله في هذه المسائل وإن قال الوصي

الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في إبطال سبب ضمان على غيره بخلاف الأول لأنه ثبت فعله في قضائه بالتصادق فإن قيل قد وجدنا الأسناد منهما أيضاً إلى حالة معهودة منافية للضمان فوجب أن لا يضمن أيضاً كالقاضي قلنا إن هذه حجة عارضها ما هو أقوى منها يقتضي وجوب الضمان وهو الإقرار بسبب الضمان لأن هذه حجة قطعية لكن إقرار كل مقر حجة قطعية على نفسه وما ذكرنا من قضاء القاضي في حقهما حجة ظاهرة لا قطعية والظاهر لا يعارض القطعي وكان ينبغي أن يكون في حق القاضي كذلك ويجب عليه الضمان لكن لو أوجبنا عليه الضمان لامتنع الناس عن تقاد القضاء حذر الضمان بعد العزل فترك لذلك ولو كان المال في يد الأخذ فأنما وقد أقر بما أقر به القاضي والمأخوذ منه المال صدق القاضي في أنه فعله في قضائه أو ادعى أنه فعله في غير قضائه يؤخذ منه لأنه أقر أن اليد كان له فلا يصدق في دعوى تلكها لا بحجة وقول المعزول ليس بحجة فيه وهو نظير مسألة الغلة على ما بينا ومن نظر هذه المسائل ما لو قال الوصي بعد ما بلغ اليتيم أنفقت عليه كذا وكذا من المال وأتكر اليتيم ذلك كان القول قول الوصي لما أنه أسند إلى حالة منافية للضمان وأورد في النهاية على المسائل المتقدمة ما إذا أعتق المولى أمته ثم قال لها قطع يدك وأنت أمتي فقالت هي قطعها وأنا حرة كان القول قولها وكذا في كل شيء أخذ منها عند أبي حنيفة وأبي يوسف مع أنه منكر للضمان باسناده الفعلي إلى حالة منافية له فأجاب بالفرق بينهما ما من حيث أن المولى أقر بأخذ مالها ثم ادعى التملك لنفسه فصدّق في إفراجه ولا يصدق في دعواه التملك له وكذا لو قال لرجل أكلت طعامك بآذنك فانكر الآذن يضمن المقر وهذا الفرق غير مختص والله أعلم

كتاب الشهادة

فرض القاضي لا خيك الزمن نفقة في مالك كل شهر كذا فأتيت إليه لكل شهر منذ عشر سنين وكذبه الابن لا يقبل قول الوصي عند الكل ويكون ضامناً ٥١

كتاب الشهادة

قال النكاح الشهادة لغة أخبار قاطع وفي عرف أهل الشرع أخبار يصدق بآيات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء فتخرج شهادة الزور فليست شهادة وقول القائل في مجلس القاضي أشهد برؤية كذا لبعض العرفيات اهـ

وكتب مانصه قال الاتقاني ذكر الشهادات بعد كتاب القضاء لأن القاضي يحتاج في حكمه إلى الشاهد فكان ذلك من تقه حكمه وقال النكاح يتبادر أن تفديعها على القضاء أولى لأن القضاء موقوف عليها إذا كان ثبوت الحق بها إلا أنه لما كان القضاء هو المقصود من الشهادة فقدمه مقدمة للقصد على الوسيلة اهـ وكتب أيضاً مانصه قال العيني ومعناها الحضور وقال عليه السلام الغنية لمن شهد الواقعة أي حضرها والشاهد أيضاً يحضر القاضي ومجلس الواقعة وفي الشرع ما ذكره الشيخ بقوله وهي أي الشهادة أخبار بحق لشخص على غيره عن مشاهدته القضية التي يشهد بها بالتحقيق وعن عيان أي عن معاينة تلك القضية والاشارة إليه بقوله عليه الصلاة والسلام إذا علمت مثل الشمس فاشهدوا لا دفع ثم أكرم معنى الشهادة بقوله لا عن تخمين وهو القول بالحدس قاله الجوهري وهو مصدر تخنن بالتشديد ومادته خاء معجمة وميم ونون والتخمين والحدس في الأخبار لا يفيد التحقيق واليقين فلا يجوز الشهادة به أو كدمعني العيان بقوله ولا عن حسابان بكسر الحاء من حسبه كذا أحسبه بالفتح محسبة ومحسبة وحسباناً أي ظننته ويقال أحسبه بالكسر شاذو ما حسبان بالضم فهو مصدر من حسب يحسب من باب نصر ينصر إذا عدّ وجعل الشارح هذا معني لغوي بالشهادة ثم قال وهي في اصطلاح أهل الشريعة عبارة عن أخبار يصدق مشروط فيه مجلس القضاء ولفظة الشهادة وليس كذلك لأن معناها الماعزى الحضور كذا كراهه وهذا معناه الاصطلاح وقوله أخبار عن مشاهدته وعيان هو أخبار يصدق

وأما كونه في مجلس القضاء فليس من تمام الحدود وإنما هو من شروط الشهادة وشروط الشيء الخارج عن ذاته كما عرف اه (قوله وركنهما اللفظ
 أشهد) وفي قول القائل في مجلس القاضي أشهد برؤية كذا لبعض العرفيات اه فتح (قوله ولكن ترك ذلك بالنصوص) كقوله تعالى
 واستشهدوا شهيدين من رجالكم ونظيره من الكتاب والسنة كثيرة اه (قوله في المتن ويلزم بطلب المدعى) قال الكمال وسبب وجوبها
 طلب ذي الحق أو خوف فوت حقه فان من عنده شهادة لا يعلم بها صاحب الحق وخاف فوت الحق يجب عليه أن يشهد بالطلب
 وشروطه البلوغ والعقل والولاية تخرج الصبي والعبد والسمع والبصر للحاجة إلى التمييز بين المدعى والمدعى عليه ولم يذكر الاسلام لان
 الدين أصل الشهادة في الجملة وركنهما اللفظ الخاص الذي هو متعلق الاخبار اه وكتب أيضا ما نصه وقال الكمال وسببية الطلب تثبت
 بقوله تعالى ولا ياب الشهادة اذا مادعوا وسببية خوف الفوت بالمعنى وهو أن سببية الطلب انما تثبت كيلا يفوت الحق اه (قوله وان
 أدى غيره ولم تقبل شهادته يأثم) قال الكمال وعن الفقيه أبي بكر فيمن (٢٠٧) لا يعرفه القاضي ان علم أن القاضي لا يقبله

نرجو أن يسعه أن لا يشهد وفي
 العيون أن كان في الصلح
 جماعة تقبل شهادتهم دونه
 وسعه أن يتنوع وان لم يكن
 أو كان لكن قبولها مع
 شهادته أسرع وجب وقال
 شيخ الاسلام اذا ادعى فاجر
 بلا عذر ظاهر ثم أدى
 لا تقبل لتسكن التهمة فيه
 اذ يمكن أن تأخيره بعذر
 ويمكن أنه لاستجلاب الاجرة
 اه والوجه أن يقبل ويحمل
 على العذر من تسيان ثم
 تذكر أو غيره اه وكتب
 أيضا في المجتبى عن الفضل
 تحمل الشهادة فرض على
 الكفاية كادائها والاضاعت
 الحقوق وعلى هذا
 الكاتب الا أنه يجوز أخذ
 الاجرة على الكتابة دون
 الشهادة فمن تعينت عليه
 باجتماع الفقهاء وكذا من
 لم تعين عندنا وبه قال

قال رحمه الله (هي اخبار عن مشاهدة وعيان لاعتن في اللغة فلهذا قالوا انها مشتقة
 من المشاهدة التي تنبئ على المعاينة وسمى الاداء شهادة اطلاقا لاسم السبب على المسبب وقيل هي مشتقة
 من الشهود بمعنى الحضور لان الشاهد يحضر مجلس القاضي ومجلس الواقعة وهي في اصطلاح أهل
 الشريعة عبارة عن اخبار بصديق مشروط فيه مجلس القضاء ولفظة الشهادة فشرطها العقد الكامل
 والضبط والولاية والقصد على التمييز بين المدعى والمدعى عليه وركنهما اللفظ أشهد بمعنى الخبر دون القسم
 وحكمها وجوب الحكم على القاضي بما تقتضيه الشهادة والقياس أي أن تكون الشهادة حجة ملزمة لانه خبر
 محتمل للصدق والكذب ولكن ترك ذلك بالنصوص والاجماع قال رحمه الله (وتلزم بطلب المدعى) أي
 يلزم أداء الشهادة ولا يسع كتمانها اذا طلب المدعى لقوله تعالى ولا ياب الشهادة اذا مادعوا وقوله تعالى ولا
 تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه وهذا وان كان نهيًا عن الالباء وعن الكتمان لكن النهي عن
 الشيء يكون أمرا بضده اذا كان له ضد واحد لان الانتهاء لا يكون الا بالاستغفال به فكان أداء الشهادة
 فرضا قطعيا كفرية لانتهاء عن الكتمان فصار كالامر به بل كدولهذا أسند الاسم الى الالة التي وقع
 بها الفعل وهي القلب لان اسناد الفعل الى محله أقوى من اسناده الى كله وقولهم أبصرته بعيني آكد من
 قولهم أبصرته واسناده الى أشرف الجوارح دليل على أنه أعظم الجرائم بعد الكفر بالله تعالى ثم انما يأثم
 اذا علم أن القاضي يقبل شهادته وتعين عليه الاداء وان علم أن القاضي لا يقبل شهادته أو كانوا جماعة
 فأدى غيره ممن تقبل شهادته فقبلت فقا لولا الأيا ثم وان أدى غيره ولم تقبل شهادته يأثم من لم يؤد اذا كان
 ممن تقبل شهادته لان امتناعه يؤدي الى قضيع الحقوق وهذا اذا كان موضع الشاهد قريبا من موضع
 القاضي وان كان بعيدا بحيث لا يمكنه أن يغدو الى القاضي لاداء الشهادة ويرجع الى أهله في يومه
 ذلك قالوا لا يأثم لانه يلحقه الضرر بذلك وقال تعالى ولا يضار كاتب ولا شهيد ثم ان كان الشاهد شيخا كبيرا
 لا يقدر على المشي الى مجلس القاضي وليس له شيء من المركوب فأركبه المدعى من عنده قالوا لا بأس به
 وتقبل شهادته لانه من باب الاكرام للشهود وقد قال عليه الصلاة والسلام أكرموا الشهود وان كان
 يقدر وأركبه المدعى من عنده قالوا لا تقبل قال رحمه الله (وسترها في الحدود أحب) لقوله عليه
 الصلاة والسلام الذي شهد عنده لو سترته بشوك لكان خيرا لك وهذا الحديث ولفظ المختصر يدل على أنه

الشافعي في قول وفي قول يجوز لعدم تعينه عليه ويستحب الاشهاد في العقود الا في النكاح فإنه يجب وفي الرجعة عند الشافعي وأجد اه
 كالحكي (قوله قالوا لا يأثم لانه يلحقه الضرر بذلك) قال الكمال قالوا يلزم اذا كان مجلس القاضي قريبا فان كان بعيدا فعن نصران كان مجال
 يمكنه الرجوع الى أهله في يومه يجب لانه لا ضرر عليه فلو كان شيخا لا يقدر على المشي فأركبه الطالب لا بأس به وعن أبي سليمان فحين أخرج
 الشهود الى ضيعة فاستأجر لهم جيرا فركبوا لا تقبل شهادتهم وفيه نظر لانها العادة وهي اكرام الشهود وهو مأثور به وفصل في النوازل
 بين كون الشاهد شيخا لا يقدر على المشي ولا يجدها مستأجرا به دابة فيقبل وما ليس كذلك فلا يقبل ولو وضع للشهود وطعاما فاكوا وان
 كان مريضا من قبل ذلك يقبل وان صنعه لاجلهم لا يقبل وعن محمد لا يقبل فيهما ما عن أبي يوسف يقبل فيهما وهو الاوجه للعادة الجارية
 باطعام من حل محل الانسان من يعز عليه شاهدا أولا ويؤنسه ما تقدم من أن الاهداء اذا كان بلا شرط ليقضى حاجته عند الأمير ويجوز
 كذا قيل وفيه نظر فان الاداء فرض بخلاف الذهاب الى الأمير اه

(قوله ولقوله عليه السلام) أي من رواية (٢٠٨) أبي هريرة اه كمال (قوله من ستر على مسلم ستر) الذي في الفتح ستره الله وكتب

أيضا قوله ولقوله صلى الله عليه وسلم من ستر الخ زناه البخاري ومسلم اه فتح (قوله وان شاء أظهر لان فيه حسيبة أيضا) قال في الهداية والشهادة في الحدود يخبر فيها الشاهد في الستر والظهار لانهين حسبين إقامة الحد والتوقي عن الهتك والستر أفضل اه قال الكاكي والحسيبة ما ينتظر به الاجر في الآخرة وفي الصحاح احتسب بكذا أجزا عنسب الله تعالى والاسم الحسيبة بالكسر وهي الأجر والجمع الحسب اه (قوله والاول وهو الستر أحسن لما بينا) قال الاتقاني فان قلت كيف كان الستر أفضل مع تخصيص قوله تعالى ولا تسكنوا الشهادة قلت الآية نزلت في المدائنة في حدة ورق العباد لافي الحدود بدلالة الأحاديث التي رويها آتفا اه (قوله وأمكنه الجمع بينهما بإقامة الحقيين بقوله أخذ) أي فان الأخذ أعم من كونه غصبا أو على ادعاء أنه ملكه مودعا عند المأخوذ منه وغير ذلك فلا يستلزم الشهادة بالأخذ مطلقا نبوت الحد بها اه كمال (قوله وشرط القياس المساواة بين الأصل والفرع) أي لان الزنا أعظم الجرائم ولهذا شرع فيه الرجم فلا يقاس على غيره اه من خطه (قوله في المتن ولبقية الحدود والقصاص رجالان) ولا تقبل فيها شهادة النساء اه الرجال (قوله والخليفين من بعده) وتخصيص الخليفين يعني أبابكر وعمر رضي الله عنهما لانهم ما اللذان كان معظم تقرير الشرع وطرق الأحكام

مخبرين الستر والظهار ولكن الستر أفضل لما روينا وقوله عليه الصلاة والسلام من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وفيما نقل من تلقين المقر للدرع عن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه دلالة ظاهرة على أن الستر أفضل وان شاء أظهر لان فيه حسيبة أيضا لان فيه الفساد أو تظليله فكان حسنا ولا يلزم على هذا قوله تعالى ان الذين يحبون أن تشيع الفاحشة في الذين آمنوا الآية لان ظاهر الآية والله أعلم يقتضي أنهم يحبون أن تشيع فيهم الفاحشة لاجل أنهم آمنوا وذلك صفة الكافر فلذلك وعدوا بعذاب أليم ولان مقصود الشاهد ارتفاع الفاحشة من العباد لا اشاعتها ولهذا أمر الله تعالى بالاشهاد به بقوله تعالى فاستشهدوا عليهن أربعة منكم قل هذا حسن والاول وهو الستر أحسن لما بينا ولا يلزم عليه قوله تعالى ومن يكتمها فإنه آثم قلبه لان المراد به حقوق العباد بدليل قوله تعالى ولا ياب الشهادة اذا مادعوا أي اذا دعاهم المذمى اذا الحدود ليس لها مدع يدعمها لان الحد وحق الله تعالى والله غني عن كل شيء مع كرمه ولطفه بعباده والعبد محتاج شحج فلا يقام أحد الحقيين على الآخر قال رحمه الله (ويقول في السرة أخذ لاسرق) لان الشهادة بالمال واجب اذا طلبه المدعي والستر في الحد أفضل على ما بينا وأمكنه الجمع بينهما بما قاما الحقيين بقوله أخذ لانه يحكي به حق المدعي ولا يجب به الحد لان القطع متى وجب عليه سقط الضمان اذا يجتمعان فلا يحصل مقصود المدعي بقوله سرق فيستوفاه مراعاة لحقه اذ هو محتاج اليه وفيه صيانة يد السارق والله غني عن كل شيء فلا ضرورة الى اقامته قال رحمه الله (وشرط لنا أربعة رجال) لقوله تعالى واللاقي ياتن الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم وقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لا يأتوا بأربعة شهداء ولقوله تعالى لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء ولقوله عليه الصلاة والسلام اثبت بأربعة يشهدون على صدق مقالته وهذه الالتفات موضوعة للذ كر دون المؤث وقد انعقد الاجماع على اشتراط الذ كر فيه لأن الله تعالى يحب الستر على عباده وأوعد بالعذاب من أحب اشاعة الفاحشة على المؤمنين بما تلونا وفي اشتراط الاربع مع وصف الذ كرورة تحقيق معنى الستر اذ ووقوف الاربع على هذه الفاحشة قلما يتحقق وأوجب على من نسب الى هذه الفاحشة الحدان كان أحنيا واللعان ان كان زواجا كل ذلك يؤ كدمعنى الستر وينع من الاظهار ولا يقال ليس في هذه النصوص الابيان جواز العمل بهذا العدد وليس فيه بيان ما يمنع العمل باقل منه لانا نقول هو كذلك لان التخصيص بالذ كر لا يدل على انتفاء الحكم عند انتفاء الذ كر ولكن لا يوجب أيضا فن ادعي جواز مادونه محتاج الى دليل كما أن النافي للحكم عند انتفاءه لا ينفقه الا لعدم دليل يقتضيه اذ لا يثبت الحكم الشرعي بغير دليل وقد وجد الدليل على انتفائه عند انتفاء العدد المذ كر وهما وهو اجماع الصحابة ومن بعدهم الى يومنا هذا أن الشهود على الزنا اذ انقص عددهم عن الاربعة يجب عليهم الحد لكونهم فذقة ألا ترى أن عر رضي الله تعالى عنه حد الثلاثة الذين شهدوا على مغيرة بالزنا ولو كان الزنا يثبت عباده لما وجب عليهم الحد بل كان يجب على المنسوب الى الزنا ولا يمكن القياس على غيره من الحقوق لعدم التساوي ولوجود النص في الفرع وشرط القياس المساواة بين الأصل والفرع وأن لا يكون في الفرع نص يمكن العمل به قال رحمه الله (ولبقية الحدود والقصاص رجالان) الحديث الزهري مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفين من بعده أن لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص وقال تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم ولان شهادة النساء فيها شبهة البدلية لان كل اثنين منهن قائمة مقام رجل فلا يقبل فيما يدرأ بالشبهات كما لا يجوز فيها كتاب القاضي الى القاضي وانما كانت فيها شبهة البدلية لاحقية التأ لان البذل الحقيق لا يصار اليه مع القدرة على الأصل غالبا وشهادة امرأتين مع رجل تقبل مع وجود الشهود من الرجال ومعنى قوله تعالى فان لم يكونا رجلين فالوا ان لم يشهدا حال كونهما رجلين فليشهد رجل وامرأتان ولولا هذا التأويل لما اعتبر بشهادتهم مع وجود

يقاس على غيره اه من خطه (قوله في المتن ولبقية الحدود والقصاص رجالان) ولا تقبل فيها شهادة النساء اه الرجال (قوله والخليفين من بعده) وتخصيص الخليفين يعني أبابكر وعمر رضي الله عنهما لانهم ما اللذان كان معظم تقرير الشرع وطرق الأحكام

في زمانهم ما بعدهم ما كان من غيرهم الا الانباع اه فتح (قوله وقال ابن أبي ليلى يشترط أن يشهد فيه ثنتان من النساء) وهو قول مالك والثوري اه (قوله وحكم شهادتهن في الولادة والبكارة) قال الكمال وأما حكم البكارة فان شهدن أنهن بكر أو حمل العنين سنة فاذا مضت فقال وصلت اليها وأنكرت ترى النساء فان قلن هي بكر تخبر (٢٠٩) فان انحارت الفرفة ففرق لمحال وانما يرق

بقولهن لانها أيدت بمؤيد وهي موافقة الاصل اذ البكارة أصل ولولم يتأيد شهادتهن بمؤيد اعتبرت في توجه الخصومة لافي الزام الخصم وكذا في رد المبيع اذا اشتراها بشرط البكارة فقال المشتري هي ثيب بريها النساء فان قلن هي بكر لزم المشتري لما يرد شهادتهن بمؤيد هو الاصل وان قلن ثيب لم يثبت حق الفسخ لان حق الفسخ قوي وشهادتهن ضعيفة ولم يتأيد بمؤيد يمكن يثبت حق الخصومة ويتوجه البين على البائع لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر فان لم يكن قبضها حلف بالله لقد بعته وهي بكر فان نكل ردت عليه وان حلف لزم المشتري اه (قوله) وعندهما تقبل لان الاستهلال الخ قال الكمال وأما في حق الارث فعندهما كذلك وعند أبي حنيفة لا تقبل الابشهادة رجل أو رجل وامرأتين لان الاستهلال صوته مسموع والرجال والنساء فيه سواء فكان مما يطاع عليه الرجال وهما يقولان صوته يقع عند الولادة وعندهما لا يحضر

الرجال وشهادتهن معتبرة معهم عند الاختلاط أيضا حتى اذا شهد رجل ونسوة بشئ يضاف الحكم الى الكل حيث يجب الضمان على الكل عند الرجوع قال رحمه الله (ولو ولادة وبكارة وعيوب النساء فيما لا يطاع عليه رجل امرأة) يعني يشترط لثبوت هذه الاشياء شهادة امرأة لقوله عليه الصلاة والسلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع المحلى بالان واللام اذا لم يكن ثم معهود يرد به الجنس فيتناول الاقل وقال حذيفة رضي الله تعالى عنه أجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم شهادة القابلة على الولادة وقال الشافعي رحمه الله يشترط فيه أن يشهد أربع من النساء لان كل امرأتين يقومان مقام رجل واحد في الشهادة وقال ابن أبي ليلى يشترط أن يشهد فيه ثنتان من النساء لان المعتبر في باب الشهادات شيان العدد والذكورة وتعذر اعتبار أحدهما فبقى الآخر وهو العدد على حاله والحجة عليه ماماروينا ولانه غلب سقط اشتراط صفة الذكورة ليخف النظر لان نظر الجنس أخف فكذلك سقط اعتبار العدد لان نظر الواحد أخف والاحوط الاثنان أو الأكثر لما فيه من معنى الزام ويشترط فيها سائر شرائط الشهادة من الحرية والاسلام والعقل والبلوغ والعدالة وحكم شهادتهن في الولادة والبكارة والعيوب قد ذكرنا كل واحد منها في موضعها من الطلاق والبيع وأما شهادتهن في استهلال الصبي لا تقبل في حق الارث عند أبي حنيفة رحمه الله لانه مما يطاع عليه الرجال وتقبل في حق الصلاة عليه لانه من أمور الدين كشهادتهن في هلال رمضان وروايتها الاخبار وعندهما تقبل لان الاستهلال علامة حياته ولا يعرفه الا من حضره ولا يحضرها لرجال عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة وتقبل في الولادة شهادة رجل واحد أيضا لانه لما قبل فيه شهادة المرأة كان الرجل بالطريق الاولى ثم اختلفوا فيما اذا قال تعدت النظر قال بعضهم تقبل كما في الزنا قال رحمه الله (ولغيرها رجلان أو رجل وامرأتان) أي يشترط لغير الحدود والقصاص وما لا يطلع عليه الرجال شهادة رجلين أو رجل وامرأتين سواء كان الحق مالا أو غير مال كالنكاح والطلاق والعناق والوكالة والوصاية ونحو ذلك مما ليس بمال وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها كالاجل وشرط الخيار لان الاصل عدم قبول شهادتهن لانهن صانعات لاعتل واختلال الضبط وقصور الولاية فانها لا تصلح للخلافة ولهذا لا تقبل شهادتهن وحدهن وان كثرن ولا مع الرجال في الحدود والقصاص وانما قبلت في الاموال وتوابعها للضرورة لكثر وقوعها وقلة خطرها ولا كذلك غير المال وانما مروي أن عمر وعليا رضي الله عنهما أجازا شهادة النساء مع الرجال في النكاح والفرفة ولأنهما حجة أصلية لا ضرورية والاصل فيها القبول لو حود ما بين عليه أهلية الشهادة وهي الولاية وهي تنفي على الحرية والارث ولو حود أهلية القبول وهي تنفي على انتفاء التهمة بالكذب والغلط فالكذب ينفي بالعدالة والغلط ينتفي باتقان المعينة والضبط والاداء لان الاول يحصل العلم للشاهد وبالثاني يحصل به البقاء والدوام وبالتالي يحصل العلم للقاضي ولهذا تقبل روايتها في الاخبار وكان ينبغي أن تقبل شهادتهن مطلقا كالرجال ولكن جاء النص بخلافه كما لا يخفى ووجهه ونقصان الضبط بزيادة التسيان المجرب بضم أخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة وهذا الحق ثبتت مع الشبهة كالمال بل فوفقه ألا ترى أن النكاح ثبت مع الهزل وكذا الطلاق والعناق والمال لا يثبت به شيء وأي شبهة أقوى من الهزل بخلاف الحدود والقصاص لانها لا تثبت مع الشبهة قال رحمه الله (ولا بكل انظرة الشهادة والعدالة) أي يشترط لجميع مراتب الشهادة وهي أربع مراتب على ما بينا لفظة الشهادة والعدالة لكي تقبل

(٢٧ - زيلعي رابع) الرجال فصار كشهادتهن على نفس الولادة ويقولها ما قال الشافعي ومالك وأحمد وهو أخرج اه (قوله وتقبل في الولادة شهادة رجل واحد أيضا) في المبسوط لو شهد بالولادة رجلان قال فاجأتهما فانفق نظري اليها يقبل ان كان عدلا ولو قال تعدت النظر لا يقبل وبه قال بعض أصحاب الشافعي وقال بعض مشايخنا ان قال تعدت النظر أيضا تقبل وبه قال بعض أصحاب الشافعي اه كي وفتح

(قوله حتى لو قال الشاهد أعلم أو أتيقن لا تقبل الخ) وثالث وهو التفسير حتى لو قال أشهد على شهادة أو مثل شهادة لا تقبل وكذا مثل شهادة صاحبه عند انحصاف الاحتمال اه كمال (قوله والعبدالة هي المعينة للصدق) فان الشهادة اخبار يحتمل الصدق والكذب على السواء بالنظر الى نفس (٣٩٠) المفهوم فبذلك لا يلزم كونه صدقا حتى يعمل به اه فتح (قوله اذا الفاسق أهل لولاية

حتى لو قال الشاهد أعلم أو أتيقن لا تقبل شهادة لان النصوص ناطقة بالاستشهاد فلا يقوم مقامها غيرها لما فيها من زيادة تو كيد لانها من ألفاظ اليمين فيكون معنى اليمين ملاحظا فيها وامتناعه عن الكذب بهذا اللفظ أشد لا يوجب هذا المعنى في غيرها من الالفاظ بخلاف غيرها من الاوامر حيث لا يراعى فيه اللفظ الذي ورد به الامر بل يتأني بكل لفظ يعطى ذلك المعنى كالتكبير والايان حتى صح الدخول في الصلاة بافظ التكبير وغيره مما هو في معناه وكذلك الايمان يجوز بأى لفظ كان حصول المقصود به ولان في الشهادة الزام الحسا كم الحكم وثبت ذلك على خلاف القياس فيراعى جميع ما ورد به النص والعراقيون لا يشترطون لفظ الشهادة في شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال ويجهلونه من باب الاخبار لامن باب الشهادة والصحيح هو الاول لانه من باب الشهادة ولهذا يشترط فيه شرائط الشهادة من الحرية ومجلس الحكم وغيرهما والعبدالة هي المعينة للصدق قال الله تعالى وأشهدوا ذوى عدل منكم وقال تعالى ممن ترضون من الشهداء والعبد هو المريض ولان من يبشر غير الكذب من المعاصى قديما بشار الكذب وهذا لان الخبر يحتمل الصدق والكذب وبالعبدالة تترجح جهة الصدق وهي الانزجار عما يعتقده حرمته والحجة هو الخبر الصدق ولا يلزم حجة دونها وهي شرط لزوم العمل بالشهادة لا شرط أهلية الشهادة اذا الفاسق أهل لولاية القضاء والاساطنة فيكون أهلا للشهادة الا أن فسقه أو وجب التوقف في خبره لثبته قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا أمر بالتبين والتثبت لا بالترجيح اذا غلب على ظنه أنه صادق في الشهادة جاز أن يحكم به وعن أبي يوسف رحمه الله أن الفاسق اذا كان وجهيا في الناس ذا مروءة تقبل شهادته لعدم تمكن تهمة الكذب في شهادته لانه لو جاهته لا يتجاسر أحد على استنكاره لادعاء الشهادة ولارو أنه يمنع عن الكذب من غير منفعة له في ذلك والاول أصح لما ذكرنا ولان في قبول شهادته اكرامه قال عليه الصلاة والسلام أكرموا الشهود فان الله تعالى يحب الحقوقيهم وفي حق الفاسق أمرنا بخلافه قال عليه الصلاة والسلام اذ القيت الفاسق فآلقه بوجه مكفهر ومن يكون مغلبا بالفسق فلا مروءة له شرعا فلا يلزم قبول شهادته حتما على وجه لا بد منه قال رحمه الله (ويسأل عن الشهود سرا وعلانية في سائر الحقوق) وهذا عند أبي يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة يقتصر على ظاهر عدالة المسلم ولا يسأل عن الشاهد حتى يطعن الخصم فيه فان طعن فيه سأل عنه سرا وجهرا في الحدود والقصاص فانه يسأل عنه في السر والعلانية وان لم يطعن فيه الخصم لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا الحد وفي قذف ومثل ذلك عن عمر رضي الله عنه وظاهر قوله تعالى وكذلك جعلناكم أمة وسطا لتكونوا شهداء على الناس يشهد له ولان الظاهر هو الانزجار لان عقله ودينه يمنعه عنه عن مباشرة القبيح فاكتفى بالظاهر لعدم المنازع وان كان الموضوع موضع استحقاق كالشفيع يستحق الشفعة بظاهر يده اذا لم يكن له منازع وهذا لانه لا يمكن الوصول الى القطع خلفها ولو ذكر في الخبر عن عدالته متمسكا بظاهر حاله لان أقصى ما يستدل به على عدالته انزجاره عن محظورات دينه واجتهاده على الطاعات وهي دلالة ظاهره عليه وليس بقطعية فلا حاجة الى اشتراط السؤال الا اذا طعن الخصم فيه لانه لا يطعنه كاذبا بظاهر اذ قابل الظاهران فوجب الترجيح بالاستقصاء بخلاف الحدود والقصاص لانهم ما يدران بالشبهة ويحتاجون لاسقاطها ما يستقصي فيه ما ابتداء من غير طعن خصم رجاء أن يسقطا والله ما ان القضاء ينبغي على الحجة ولا تقع الحجة الا بشهادة العدول على ما بينا والعدالة قبل السؤال ثابتة

القضاء والسلطنة) قال الكمال الا أن القاضي اذا قضى بشهادة الفاسق يتفقد عندنا ويكون القاضي عاصيا اه (قوله وعن أبي يوسف أن الفاسق اذا كان وجهيا في الناس الخ) كعباشري السلطان والمكسة وغيرهم اه فتح (قوله مكنه) أى شديد العبوسة اه (قوله وهذا عند أبي يوسف ومحمد) ومذهب الشافعي كقولهما اه غاية (قوله الا في الحدود والقصاص فانه يسأل عنه في السر والعلانية) أى ويستقصي درة الحد لقوله عليه الصلاة والسلام ادرؤا الحدود بالشبهات اه (قوله فاكتفى بالظاهر لعدم المنازع الخ) ولان السلف الصالح لم يسألوا عن الشهود بل اكتفوا على ظاهر العدالة وأول من سأل عنهم ابن شبرمة فدل اتفاقهم على ظاهر عدالة الاسلام كذا في شرح الاقطاع اه اتقاني (قوله كالشفيع يستحق الشفعة الخ) أمالو محمد المشتري ملكية الدار التي يشفع بها الشفيع فلا بد من إقامة البينة خلافا لفرق المسئلة

مشهورة اه (قوله لانه لا يطعنه كاذبا بظاهر اذ قابل الظاهران) أى وهما كون الشاهد المسلم لا يكذب بظاهرا بالظاهر فكذلك الخصم مسلم لا يكذب في طعنه بظاهرا فوجب السؤال ترجيحاً لاحد الظاهرين على الآخر وهذا كدعي الشفعة بالجوار حيث لا يلزمه القاضي إقامة البينة على ملك الدار فاذا طعن الخصم فحينئذ يلزمه إقامة البينة لان الظاهر لا يعتبر الا للزام اه

(قوله وقيل هذا اختلاف عصر وزمان لا حجة وبرهان) وذلك لأن الغالب في زمان أي حنيفة الصلاح بخلاف زمانهم وما قيل أنه أفتى في القرن الثالث وهو المشهود له بالصلاح منه صلى الله عليه وسلم حيث قال خير القرون قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم وهما أفتيا بالقرن الرابع ففيه نظر فإن أبا حنيفة توفي في عام خمسين ومائة فكيف أفتى في القرن الثالث وقوله خير القرون الخ إثبات الخيرية بالتدريج والتفاوت لا يستلزم أن يكون في الزمان المتأخر غلبة الفسق والظاهر الذي ثبت بالغالب أقوى من الظاهر الذي ثبت بنظر حال الاسلام وتحقيقة أنانا مقاطعنا بغلبة الفسق وقد قطعنا بأن من التزم الاسلام لم يجنب محارمه ولم يبق مجرد التزام الاسلام مظنة للعدالة فكان الظاهر الثابت بالغالب إلى معارض اه كمال (قوله وهي الرقعة إلى المعدل) وسُميت بها لسترها (٣١١) عن نظر العوام اه غايه (قوله ولا بد

في التعديل في العلانية الخ) قال الاتقاني وصورة تركية العلانية أن يجمع القاضي بين المعدل والشاهد فيقول المعدل الشاهد الذي عدله هذا الذي عدلته اه **﴿فرع﴾** إذا شهد فعديل ثم شهد لا يستعدل الا اذا طالت فوقت محمد شهر وأبو يوسف سنة ثم رجع وقال سنة أشهر كذا قال السكال رحمه الله في فتح القدير وسأني هذا الفرع اه **﴿فرع﴾** لو تاب الفاسق لا تقبل شهادته ما لم تمض سنة أشهر وقال بعضهم سنة ولو كان عدلا فشهد بالزور ثم تاب فشهد تقبل من غير مدة اه كمال قال في فتاوى قاضيه خان في أوائل كتاب الشهادة الفاسق اذا تاب لا تقبل شهادته ما لم يمض عليه زمان تظهر فيه التوبة ثم بعضهم قدر ذلك بستة أشهر وبعضهم قدره بسنة والصحيح أن ذلك مفروض إلى رأى

بالظاهر وهو لا يصلح حجة للاستحقاق فوجب التعرف عنها بصيغته لقضائه عن البطالان واستناد الحكم إلى البرهان وقيل هذا اختلاف عصر وزمان لأن أبا حنيفة رضي الله تعالى عنه كان في القرن الثالث وهم ناس شهداهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالخير والصلاح بقوله عليه الصلاة والسلام خير القرون قرني الذي أنا فيه ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم بنشوا والكذب حتى يحلف الرجل قبل أن يستخلف ويشهد قبل أن يستشهد والآية التي تلوها والحديث الذي روينا يدلان على ذلك وهما كافيان في القرن الرابع بعد ما تغير أحوال الناس وظهرت الخيانات والكذب فأفتى كل واحد بما شاهد في زمانه والفتوى اليوم على قولهما لأن الفساد في هذا العصر أكثر ثم التعديل في السران بيعت المستورة وهي الرقعة إلى المعدل فيها اسم الشاهد ونسبه وحليته ومسجده الذي يصل فيه ومحلته وسوقه ان كان سوقا فيدأل عن جيرانه وأصدقائه فإذا عرفهم فن عرفه بالعدالة يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي انه عدل جائز الشهادة ومن عرفه بالفسق يسكت ولا يكتب احترازا عن الهتك ويقول الله أعلم اذا عدله غير وخاف أن يحكم القاضي بشهادته فينشد بصرحه ومن لم يعرف حاله يكتب تحت اسمه انه مستور وبذلك المعدل المستورة سرا كيلا يظهر فيؤذى ولا بد في التعديل في العلانية من أن يجمع بين المعدل والشاهد لثبتي شبهة تعديل غيره عن القاضي لاحتمال أن يكون في قبيلته من يوافقه في الاسم وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الأول لان الشوك كانت لاهل الخير ولم يقدر عليهم أهل الشر ويكتفي بالسري زمانا لما ذكرنا وقال محمد رحمه الله تركية العلانية بلا عوقنة ولا بد أن يقول المعدل هو عدل جائز الشهادة لان العبد والمحدود في قذف اذا تاب يكون عدلا والاصح أنه يكتفي بقوله هو عدل لان من نشأ في دار الاسلام في زماننا كان الظاهر من حاله الحرية والاسلام ولهذا لا يسأل القاضي عن حرية الشاهد واسلامه ما لم يرازعه الخصم وما ذكره في الجامع أن الناس أحرار الا في الشهادة والحدود والقصاص والعقل فانه لا يكتفي بظاهر الحرية في هذه المواضع بل يسأل عنها محمول على ما اذا طعن الخصم بالرق فان أبا الحسنين ذكر في مختصره ان الناس أحرار الا في أربع مواضع الشهادة والحدود والقصاص والعقل فانه لا يكتفي بظاهر الحرية في هذه المواضع اذا قال المدعي عليه ان الشاهد عبد أو قال القاذف المذوف عبد أو قال الشايع المشجوع عبد أو قالت العاقلة القاتل عبد لا تقبل شهادته ولا يجب حد القذف ولا القصاص فيما دون النفس ولا الذب على العاقلة حتى يقيم البينة انه حر وهي نظير العدالة عند أبي حنيفة رحمه الله فان القاضي يحكم بظاهر العدالة فيهم بكونهم من المسلمين ما لم يطعن الخصم فيهم فاذا طعن الخصم سأل على ما بينا قال رحمه الله (وتعديل الخصم لا يصح)

القاضي والمعدل ومن اتهم بالفسق لا تبطل عدالته والمعدل اذا قال لشاهد هو منهم بالفسق لا تبطل عدالته اه (قوله لاحتمال أن يكون في قبيلته من يوافقه في الاسم) أي والنسبة والصفة فيجمع بينهما فيقول هذا هو الذي عدلته قطعا للشركة اه اتقاني (قوله ويكتفي بالسري زمانا لما ذكرنا) أول من سأل في السر القاضي شرح فقيل له أحدثت يا أبا أمية فقال أحدثت فأحدثنا اه كفاية (قوله وقال محمد رحمه الله تركية العلانية بلا عوقنة) وذلك لان الشهود عابون المزكي اذا جرحهم بالاذى وتقع بينهم وبينه العداوة اه غايه (قوله والاصح أنه يكتفي بقوله هو عدل) والاول أحوط لانه ربما يكون الشاهد عدلا ولا يكون حرا فلا يجوز شهادته اه غايه (قوله في المتن وتعديل الخصم الخ) قال السكال ثم قال أبو حنيفة تفرع ما على قول من رأى أن يسأل عن الشهود بلا طعن لا يقبل قول الخصم يعني المدعي عليه اذا قال في شهود المدعي هم عدول فلا تقع به التركية لان في زعم المدعي وشهوده أن الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره فلا يصلح

معدلا لان العدالة في المزكى شرط بالاجماع اه (قوله هكذا قال أبو حنيفة) أي قال أبو حنيفة في الجامع الصغير لا يقبل تعديل المدعى عليه على قول من يرى أن يسأل القاضي عن الشهود فكان هذا نظيره مسئلة المزارعة حيث قال أبو حنيفة ثمة أيضا على قول من يجيزها وذلك لان من أصل أبي حنيفة أن القاضي لا يسأل عن الشهود في غير الحدود والقصاص الا اذا طعن الخصم ومع هذا اذا سأل عنهم على قول من يرى ذلك فقل المشهود عليه هو عدل لا يكتفي بذلك حتى يسأل غيره لان تعديل المشهود عليه ليس بتعديل على الكمال بل هو تعديل من وجه وبجر من وجه حيث لم يصدقه على الشهادة ولفظ الجامع الصغير محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة أنه قال في قول من رأى أن يسأل عن الشهود بأنه لا يجوز اذا قال الخصم المشهود عليه هو عدل حتى يسأل عنه الى هنا لفظ أصل الجامع الصغير قال الصدر الشهيد وغيره في شرح الجامع الصغير وهذا اذا قال هم عدول لكنهم أخطوا أو نسوا أو ما اذا قال هم عدول صدقوا في شهادتهم فقد اعترف بالحق فيقتضى عليه اه اتقاني (قوله ولو قال هم عدول ولم يزعل ذلك لا يلزمه شيء) وعن محمد أن القاضي يسأل المدعى عليه هل شهدوا عليك بحق أو بغير حق فان قال بحق (٣١٣) فهو اقرار وان قال بغير حق لا يفتى بشيء اه كاكى (فرع) ولو جرح الشهود

هكذا قال أبو حنيفة رحمه الله يعني تعديل المدعى عليه الشهود لا يصح ومراعاة على قول من يرى السؤال عن الشهود أو ما على قوله فلا يتأني ذلك لانه لا يرى السؤال عن الشهود وتطيره المزارعة فانه لا يراها ومع هذا فترفع عليها على قول من يرى وانما لا يصح تعديله لان من زعم المدعى وشهوده أن المدعى عليه ظالم كاذب في الحدود فتركية الكاذب الفاسق لا تصح وعن أبي يوسف ومحمد أن تركته تجوز اذا كان من أهل بلد كان عدلا لكن عند محمد رحمه الله لا بد من ضم آخرائه لانه لا يجوز تعديل الواحد أو يوسف بجوزة على ما يبيح من قريب والمراد به فيما اذا قال هم عدول لكنهم أخطوا أو نسوا أو ما اذا قال صدقوا أو هم عدول صدقه فقد لزمه الحق لا قرار به ولو قال هم عدول ولم يزعل ذلك لا يلزمه شيء لانهم مع كونهم عدولا يتوهم منهم التسيان والخطأ فلا يلزم من كونه عدلا أن يكون كلامه صوابا قال رحمه الله (والواحد يكتفي للتركية والرسالة والترجمة) لان التركية من أمور الدين فلا يشترط فيها الا العدالة حتى يجوز تركية العبد والمراة والأعوى والمحدود في القذف اذا تاب لان خبره ولا مة مقبول في الامور الدينية ألا ترى أن روايتهم في الاخبار مقبولة وهذا عند محمد اه وقال محمد رحمه الله يشترط في التركية ما يشترط في الشهادة من العدد وصف الذكورة حتى يشترط في تركية شهود الزنا أربعة كور وفي غيره من الحدود والقصاص رجلان وفي غيرهما من الحقوق يجوز رجلان أو رجل وامرأتان وفيما لا يطلع عليه الرجال امرأه واحدة رتبها على مراتب الشهادة لان التركية في معنى الشهادة لان ولاية القضاء تبتنى على ظهور العدالة وهو بالتركية ويشترط فيها ما يشترط في الشهادة وله ما انه ليس في معنى الشهادة وانما هو في معنى الاخبار ولهذا لا يشترط فيه لفظ الشهادة ولا بحساس الحكمة وجاز تركية من لا تقبل شهادته كتركية أحد الزوجين الآخر تركية الوالد والدو وبالعكس واشترط العددي في الشهادة أمر تعبدى ثبت على خلاف التماس لان رجحان الصدق في حق العمل بقوله بالعدالة لا بالعدد كما في رواية الاخبار حتى قالوا فيها لا يرجح بكثرة الرواة ما لم تنبع حقا لتواتر فلا معنى لاشتراط العدد في الشهادة ولكن ترك ذلك للنص فبقى

واحد وعدلهم اثنان قبلت شهادتهم لان العدالة ثبتت بحجة راجحة ولو جرحهم اثنان وعدلهم ثلاثة لا تقبل شهادتهم لان الثلاث والمنفى في الشهادة سواء فاستوى المعدل والجرح فرج الجرح لان المعدل وقف على ظاهرا الحال والجرح وقف على الباطن وهو شيء لم يعرفه المعدل فالجرحان يثبتان شيئا لم يعرفه المعدلون والشهادة الاثبات اه من الواقعة لحسام الدين البخاري (قوله في المتن والواحد يكتفي للتركية والرسالة والترجمة) قال في خلاصة الفتاوى والترجمان اذا كان أعنى فمن أبي حنيفة لا يجوز عن أبي يوسف أنه

يجوز اه غايه وقال الكمال في باب من تقبل شهادته عند قوله ولا تقبل شهادة الأعنى ويقبل أى الأعنى في الترجمة عند ما الكل لان العلم يحصل بالسمع وقد كتبت عبارته بكما هنا والله أعلم (قوله حتى يجوز تركية العبد والمرأة) قال الكمال وعن ابن سماعة عن أبي حنيفة يجوز في تركية السر المرأة والعبد والمحدود اذا كانوا عدولا ولا يجوز في تركية العالنية الامن تجوز شهادته فيشترط فيها ما يشترط فيها الا لفظ الشهادة فقط اه (قوله وقال محمد يشترط في التركية ما يشترط في الشهادة) قال الكمال ولما ظهر من محمد اعتبار التركية بالشهادة في حق العدد قال المشايخ فيجب عنده اشتراط أربعة من المزكين في شهود الزنا اه قال في الوقعات لحسام الدين رحمه راجلا في حضره وسفره ولم يرمه الا الصلاح وانغير لا يسعه أن يزكيه ما لم يصحبه ستة أشهر وهو قول أبي يوسف ثم رجع وقال سنة وقال محمد لا يسعه ما لم يعرفه على وجهه فان عرفه بالعدالة عدله وان عرفه ثم تناولت المدة لا يسعه أن يعدله بتلك المعرفة وحذا التطاول سنة أو ستة أشهر اه (قوله لان التركية في معنى الشهادة) أي ولهذا يعتبر فيها الحرية والعدالة بالاتفاق اه اتقاني (قوله وجاز تركية الخ) أي في تركية السر قال الاتقاني وتعديل العبد لولا والابن الاب في السر يصح عند أبي حنيفة وأبي يوسف والصبي أهل التعديل السر وكذا كل من لا تقبل شهادته اه وقال الشارح رحمه الله وهذا الذي ذكرناه كاه في تركية السر اه قال في الخلاصة شرط الخصاص أن

يكون المزكي في العلانية غير المزكي في السر أم عندنا الذي تركهم في السر تركهم في العلانية اه غايه (قوله وقالوا بشرط المذكورة وعدد الشهادة في تركية فهو داخل بالاجماع) قال في الهداية وبشرط المذكورة في المزكي في الحدود قال الاتقاني يعني بالاجماع وكذا في القصاص ذكره في المختلف في كتاب الشهادات في باب محمد وذكر في المختلف والحصر في كتاب الحدود من باب أبي حنيفة بشرط المذكورة في المزكي عند أبي حنيفة خلافا له ما اه وقوله بالاجماع أي المحكي فيه الاجماع كما ذكر عن المختلف انما هو المذكورة وأما العدد فهو شرط عند محمد فقط كما صرح به في الهداية ومختلف الرواية والذخيرة والمجتبى وكذا ذكره الشارح نفسه في قول محمد وحده اه (قوله والمراد بالرسالة والترجمة رسول القاضى الى المزكى) الظاهر أي المزكى ينظر في الاكل وكتب مانصه قال في الهداية وإذا كان رسول القاضى الذي يسئل عن الشهود واحدا جاز والاثان أفضل وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز الاثنان قال الاتقاني وهذه من مسائل الجامع الصغير قالوا في شروط الجامع الصغير وأرادوا بالرسول المزكى وعلى هذا الخلاف المترجم عن الشاهد ورسول القاضى الى المزكى ورسول القاضى إليه عن حال الشهود اه وقال الكمال والمراد من رسول القاضى المزكى وهو المسئول منه عن الشهود فيجب أن يقرأ قوله الذي يسئل عن الشهود بالنساء للفعول والحاصل أنه يكفي بالواحد في تركية وكذا في الرسالة البيه والرسالة منه الى القاضى وكذا في الترجمة عن الشاهد وغيره عند أبي حنيفة وأبي يوسف وبه قال مالك وأحمد في رواية وعند محمد لا بد من اثنين وبه قال الشافعي وأحمد في رواية اه (٣١٣) (قوله وأما تركية العلانية فيشترط فيها جميع ما يشترط

في الشهادة) قال الكمال فهذا الخلاف في تركية السر فأما تركية العلانية فيشترط العدد بالاجماع على ما ذكره الخصاص اه وكتب مانصه قال الاتقاني قال في الفتاوى الصغير في مسائل الجرح والتعديل الخلاف في عدد المزكى في تركية السر وأما تركية العلانية فشترط بالاجماع ثم قال أهلية الشهادة في تركية السر ليس بشرط وفي الترجمة شرط اه (قوله في المتن وله أن يشهد بما سمع الخ) قال الكمال قوله وما يتحمله على قسمين أحدهما ما ثبت

ما وراءه على الاصل وفي المحيط أجاز تركية الصبي وقالوا بشرط المذكورة وعدد الشهادة في تركية شهود الحد بالاجماع والمراد بالرسالة والترجمة رسول القاضى الى المزكى والمترجم عن الشهود وكل ذلك على الخلاف الذي ذكرنا والمعنى ما يمتنع من الجانبين والاحوط في الكل اثنان ويتبع للقاضى أن يختار في المسألة عن الشهود من هو أخبر بأحوال الناس وأكثرهم اختلاط بالناس مع عدائته عارفا بما يكون جرحا وما لا يكون جرحا غير طماع ولا فقير كيلا يخدع بالمال فإن لم يكن في جيرانه ولا أهل سوقه من يتق به سأل أهل محلته وان لم يجد فيهم ثقة اعتبر فيهم وتأثر الاخبار وهذا الذي ذكرناه كله في تركية السر وأما تركية العلانية فيشترط فيها جميع ما يشترط في الشهادة من الحرية والبصر وغير ذلك سوى لفظ الشهادة بالاجماع لان معنى الشهادة فيها أظهر فانه يختص بمجلس القضاء قال رحمه الله (وله أن يشهد بما سمع أو رأى في مثل البيع والاقرار وحكم الحاكم والغصب والقتل وان لم يشهد عليه) أي يجوز له أن يشهد في كل ما يمتن نفسه اذا عاين السبب كالبيع الى آخر ما ذكر وان لم يشهد عليه بل يجب عليه اذا دعى اليه لما تلوننا وروينا وهذا انه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الشرط لقوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون ولقوله عليه الصلاة والسلام اذا علمت مثل الشمس فاشهدوا لافدع ويقول أشهد بأنه باع أو أقرر لانه عاين السبب فوجب عليه الشهادة به كما عاين وهذا اذا كان البيع بالعدو وظاهره وان كان بالتعاطى فكذلك لان حقيقة البيع مبادلة المال بالمال وقد وجد وقيل لا يشهدون على البيع بل يشهدون على الاخذ والاعطاء لانه بيع حكى وليس ببيع حقيقى ولا يقول أشهد في الاذا أشهده كيلا يكون كاذبا وكذا في الاقرار يقول أشهد أن فلانا أقر بكذا فلان ولا يقول أشهد في لما ذكرنا ولو سمع من وراء الحجاب

حكمه بنفسه أي يكون هو تمام السبب لذلك الحكم قولا كان مثل البيع والاقرار والطلاق وحكم الحاكم أو فعلا كالغصب والنفل فاذا سمع الشاهد القول كأن سمع قاضيا يشهد بجماعة على حكمه أو رأى الفعل كالقتل وسعه أن يشهد بذلك فيقول أشهد أنه باع أشهد أنه قضى فلو كان البيع معاطاة ففي الذخيرة يشهدون على الاخذ والاعطاء وقيل يشهدون بالبيع كقولهم قال الكمال ومنه ما لا يثبت حكمه بنفسه وهو الشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهد يشهد بشئ لم يجوز أن يشهد على شهادته الا أن يشهد بذلك الشاهد على شهادة نفسه لان الشهادة غير موجبة بنفسها بل بالنقل الى مجلس القضاء فلا بد من الاثابة والتحميل اه (قوله وهو الشرط) أي العلم الموجب هو ركن المسوغ لاداء الشهادة لانه لا حقيقة استوعغ الادعاء سواء اه (قوله لقوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون) بيانه ان الله تعالى جواز أداء الشهادة بعد العلم وقد حصل العلم بالرؤية والسمع فتصح الشهادة يدل عليه الاجماع أيضا اه اتقاني (قوله فاشهدوا لافدع) فأمر بالشهادة عند العلم يقينافعن هذا صرحوا بأنه لو قال له لا تشهد على عيابه فلم يثبت قباعه من رجل فادعى المشتري إلى أن عليه هذا له بل يجب أن يشهد عليه بذلك وفي الخلاصة اشترى عبدا وادعى على البائع عيابه فلم يثبت قباعه من رجل فادعى المشتري إلى أن عليه هذا العيب فانكر فالذين سمعوا منه محل لهم أن يشهدوا على العيب في الحال اه فتح (قوله ولا يقول أشهد في الاذا أشهده كيلا يكون كاذبا)

ولا يجوز شهادة الكاذب اه غايته (قوله وينبغي للقاضي اذا فسر له) أي بأن قال اني أشهد بالسماع من وراء الحجاب اه (قوله وقالوا اذا سمع الخ) رجلان شهدا على اقرار امرأه لرجل بالف درهم وغيره وشهدا أن رجلين سواهما اقلان وفلان أشهدا هما انها افلانة بنت فلان الفلاني قال أبو حنيفة رحمه الله لا يجوز ذلك وكفى العيون انه لا يجوز عند أبي حنيفة حتى يشهد عند الشاهد جماعة انها افلانة بنت فلان الفلاني وقال ابن أبي ليلى وأبو يوسف يجوز ذلك وقال الفقيه أبو الليث اذا سمعوا صوت امرأة من وراء الحجاب أو رأوا شخصها وشهدا عندهم رجلان عدلان انها افلانة جاز لهم أن يشهدوا على اقرارها وان لم يروا وجهها وأما إذا لم يروا شخصها الا يحل لهم أن يشهدوا على اقرارها وهو اختيار الفقيه أبي الليث وكذا في نصير بن يحيى أن ابنه المجذوب الحسن دخل على أبي سليمان الجوزجاني فسأله أبو سليمان عن هذه المسئلة قال كان أبو حنيفة رحمه الله يقول لا يجوز له أن يشهد عليها حتى يشهد عنده جماعة انها افلانة وكان أبو يوسف وأبو بكر الاسكافي يقولان (٢١٤) يجوز اذا شهد عنده عدلان انها افلانة وعليه الفتوى اه قاضيان رحمه الله

لا يسمع أن يشهد لاحتمال أن يكون غيره اذا التفتة تشبه التفتة الا اذا كان في الداخل وحده وعلم الشاهد أنه ليس فيه غيره ثم جلس على المسلك وليس له مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه لانه يحصل به العلم وينبغي للقاضي اذا فسر له أن لا يقبله لان التفتة تشبه التفتة وليس من ضرورة جواز الشهادة القبول عند التفسير الا ترى أن الشهادة بالسماع تجوز في أشياء ثم عند التفسير لا تقبل وقالوا اذا سمع صوت امرأة من وراء الحجاب لا يجوز ان يشهد عليها الا اذا كان يرى شخصها او ثبوت الاقرار قال رحمه الله (ولا يشهد على شهادة غيره ما لم يشهد عليه) لان الشهادة لا يثبت حكمها بنفسه ولا تصير حجة الا بالثقل الى مجلس القضاء ولهذا تعتبر عدالة الاصول فلا يكون غيره أن يجعل كلامه حجة الا بأمره فلا يسمع أن يشهد على شهادته الا بالتحميل وكذا اذا سمعه يشهد غيره على شهادته لا يسمع السامع أن يشهد على شهادته لانه لم يحمله وانما حل غيره فصار نظير ما لو سمع شخصاً يقول حيث لا يجوز للسامع أن يتصرف ما لم يوكله لان الموكل لم يرض برأيه قال رحمه الله (ولا يعمل شاهد وقاض وراو بالخط ان لم يتدكروا) أي لا يحل للشاهد اذا رأى خطه أن يشهد حتى يتدكر الشهادة ولا للقاضي اذا وجد في ديوانه مكتوباً بشهادة شهود ولا يحفظ انهم شهدوا بذلك أو قضية قضاهما أن يحكم بتلك الشهادة ولا أن يعرض تلك القضية ولا للراوى اذا وجد مكتوباً بخطه أو بخط غيره وهو معروف أنه قرأ على فلان ونحوه أن يروي حتى يتدكر الشهادة أو القضية أو الرواية وهذا على إطلاقه قول أبي حنيفة رحمه الله ووجهه قوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون ولقوله عليه الصلاة والسلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد بشرط أن يكون عالماً ولا يتصور العلم بدون تدكر الواقعة ولان الخط يشبه الخط فلا يلزم حجة لاحتمال أنه مزور وهذا لان فائدة الكتاب أن يتدكر اذا نظر فيه فاذا لم يقد للقلب التدكر صار وجوده كعدمه وقال محمد رحمه الله يجوز لكل واحد منهم أن يعمل بالكتاب ان يتدكر به وان لم يتدكر الواقعة توسعة للامر على الناس وقال أبو يوسف رحمه الله يجوز للراوى أن يعمل به لدلالة الظاهر وكذا للقاضي أن يحكم بالشهادة وأن يعرض القضية بذلك وليس للشاهد أن يشهد برؤية خطه ما لم يتدكر الشهادة لان القاضي لكثرة اشتغاله يعجز عن حفظ كل حادثة ولهذا يكتب كل حادثة فلو لم يكتب ما يجد في قطره لم تعطل أحوال الناس ولان سجله في قطره وهو في يده تحت ختمه فيؤمن من التبديل والتزوير وكذا الرواة تكون في أيديهم فيؤمن من التزوير أيضاً بخلاف كتابة الشهادة لان

(قوله لا يجوز أن يشهد عليها الا اذا كان يرى شخصها او ثبوت الاقرار) شرط في شهادة النوازل رؤية شخصها دون وجهها اه اتقاني (قوله في المتن ولا يشهد على شهادة غيره ما لم يشهد عليه) قال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل قال أشهدني فلان على نفسه بكذا وكذا قال لا ينبغي له أن يشهد على شهادته حتى يقول أشهدوا على شهادتي بذلك قال فخر الاسلام وأصله أن الشهادة على الشهادة تحميل وتوكيل فلا تصح من غير تحميل اه اتقاني (قوله لا يسمع السامع أن يشهد على شهادته) وهو بخلاف القاضي اذا شهد على قضية وسمع بذلك آخرون وسعهم أن يشهدوا

لان قضاءه حجة منزلة الاقرار والبيع وغير ذلك فيصح التحمل من غير اشهاد اه اتقاني وكتب على قوله في الحاشية الصك بخلاف القاضي اذا شهد الخ مانعه قال الكاكي رحمه الله بخلاف ما لو سمع قاضياً يشهد قوماً على قضائه كان للسامع أن يشهد على قضائه بغير أمره لان قضاء القاضي حجة ملزمة ومن عاين حجة حل له الشهادة بها كما لو عاين الاقرار والبيع أما الشهادة في غير مجلس القاضي غير ملزمة كذا قاله قاضيان وفي هذا التعليل إشارة الى أنه اذا سمع في مجلس القاضي ينبغي أن يجوز اه (قوله لا يحل للشاهد اذا رأى خطه أن يشهد حتى يتدكر الشهادة) أي التي صدرت منه فان لم يتدكر وجزم أنه خطه لا يشهد لان الجزم ليس بمجزم بل تخيل الجزم لان الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم هكذا كذا القدرى ولم يدكر خلافاً له ولا في شرحه للاقطع وكذا الخصاص ذكرها في أدب القاضي له ولم يدكر خلافاً اه كمال (قوله وقال محمد رحمه الله يجوز لكل واحد منهم أن يعمل بالكتاب) قال في الخلاصة ولكن يشترط أن يكون الصك مستودعاً لم تداوله الايدي ولم يكن في يده احببه من الوقت الذي كتب اسمه ووضع خاتمه فان لم يكن كذلك لا يسمع أن يشهد اه

(قوله ولو نسي القاضى قضاءه الخ) قال الكمال ولو نسي القاضى قضاءه ولا يسجل له فشهد ثم عدده شاهدان أنك قضيت بذلك هذا على فلان فان
تذكر أمضاه وان لم يشد كرفلا اشكال أن عند أبي حنيفة لا يقضى بذلك وقيل وأبو يوسف كذلك وعند محمد يعطى ويقتضى به وهو قول
أحمد وابن أبي ليلى اه (قوله ولو تذاكر مجلس الشهادة دون الشهادة لا يسعه أن يشهد) بالاتفاق وقيل لا يسجل ذلك على قول أبي حنيفة
خلافه ما اه اتقاني (قوله في المتن ولا يشهد بمأبى عينه) أى لم يقطع به من جهة المعاينة بالعين أو السماع اه كمال (قوله فله أن
يشهد بها إذا أخبر بها من يشق به) من رجلين عدلين أو رجل واحد اه كمال (٣١٥) (قوله والقياس أن لا يجوز لأن الشهادة

لا تجوز) أى لأن الشهادة
مشتقة من المشاهدة
وذلك بالعلم ولم يحصل اه
هـ داية (قوله وعمر بن
الخطاب تزوج بنت علي بن
أبي طالب) واسمها أم كلثوم
على أربعين ألف درهم
ذكره الشارح في آخر باب
الاولياء في كتاب النكاح
اه وقوله بنت علي أى من
فاطمة (قوله وقيل في
الموت يكتفى بأخبار واحد
عدل أو واحد) قال
الاتقاني رحمه الله ذكر
القاضى الامام ظهير الدين
في نكاح فساواه والصحيح
أن الموت عند نزلة النكاح
وغیره لا يكتفى فيه بشهادة
الواحد اه وكتب أيضا
قال الكمال وقيل في الموت
يكتفى بأخبار واحد عدل
أو واحد وهو المختار اه
فقوله وهو المختار مخالف لما
ذكره الاتقاني من التصحيح
اه وقوله يكتفى بأخبار
واحد عدل أو واحد لانه
قل ما يشاهد حاله غير
الواحد اذا الانسان يراه
ويكرهه فيكون في اشتراط

الصك يكون في بد الخصوم فلا يؤمن من التبدل ولو نسي القاضى قضاءه ولم يكن له سجل فشهد عنده
شاهدان بأنه قضى بذلك فعلى الخلاف المذكور وقيل عند أبي يوسف لا يعتد بذلك وعلى هذا الأخير فقوم
يشق بهم انه كان شاهدا لا يسعه أن يشهد وعلى هذا الوسم حديثا من غيره ثم نسي راوى الاصل فسمعه
من روى عنه فعند أبي يوسف لا يعتد به ولا يجوز له أن يعجل به وعند محمد رحمه الله أنه لا يعتد بذلك في الكل
ولو تذاكر مجلس الشهادة دون الشهادة لا يسعه أن يشهد قال رحمه الله (ولا يشهد بمأبى عينه الا في
النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضى وأصل الوقف فله أن يشهد بها اذا أخبر بها من يشق به) اه
والقياس أن لا يجوز لأن الشهادة لا تجوز الا بعلم على ما بينا من قبل ولا يتحقق العلم الا بالمشاهدة والعيان
أو بالخبر المتواتر ولم يجد فصار كالبيع والاجارة بل أولى لان حكم المال أخف من حكم النكاح ولهذا
لا يجوز للقاضى أن يحكم بالنسب والحد والحكم يجب بما تجب به الشهادة ولهذا الوفسر للقاضى لا يقبله وجه
الاستحسان أن هذه الأمور تختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس ويتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء
القرون وانقراض الاعصار فلو لم تقبل فيها بالنسب أدى الى الحرج وتعطيل الأحكام ولان الأسباب
يقترب بها ما تشتهر به فان النسب يشتهر بالتمثلية ونسبة كل واحد الى الآخر عند الخطابات والمناذرة والموت
بالعزبة وقسمه التركات وانداس الآثار والنكاح بالشهود والولائم والدخول يتعلق بأحكام مشهورة
من المهر والنسب والعدة وشروط الاحصان والقضاء بقراءة المتشور واختلاف الخصوم اليه وازدحامهم
عليه فترت الشهادة فيها منزلة العيان فلا يشترط فيها المشاهدة بخلاف البيع والهبة والاجارة وأمثالها
لانها لا تختص بشهادة أسبابها الخواص من الناس بل يحضره الخاص والعام وبه جرت العادة ولان
الناس قاطبة مجمعون على انهم يشهدون بهذه الاشياء بالشهرة ألا ترى أننا نشهد أن عليا رضى الله تعالى
عنه تزوج فاطمة ودخل بها وشريحا كان قاضيا وعمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه تزوج بنت علي بن أبي
طالب ولو تعلقت بحقيقة علم النسب أدى الى عدم الشهادة فيها أصلا لان سبب النسب العلوق ولا علم
للشرفيه وسبب القضاء التولية ولا يحضره الا الوزير وأمثاله وكذا الدخول لا يعرفه الا الزوجان فاكتمنى
في الكل بالدليل الظاهر ثم انما يجوز له أن يشهد بهذه التواتر وأخبار من يشق به واذا رأى امرأة يدخل
عليها رجل وينسب انانساب الازواج وسمع من الناس أنها زوجه جازله أن يشهد به وان لم يعاين عقد
النكاح وكذا اذا رأى شخصا جالساً بمجلس الحكم يفصل الخصومات جازله أن يشهد انه قاض قالوا وفي
الاخبار يشترط أن يخبره رجلان أو رجل واحد اه وان وهم عدول ليحصل له نوع علم أو غلبة ظن وقيل
في الموت يكتفى بأخبار واحد عدل أو واحد لانه قد يتحقق في موضع ليس فيه الا واحد بخلاف غيره لان
الغالب فيها أن تكون بين الجماعة ويشترط في الاخبار لفظ الشهادة في غير الموت وفي الموت لا يشترط لانه
لا يشترط فيه العدد فكذلك لفظ الشهادة ولو لم يحضر الموت الاشخص واحد وأراد أن يشهد بموته عند
الحاكم أخبر بذلك رجلا عدلا ثم يشهدان بذلك عند الحاكم وهو من أعجب المسائل ولو شهد أنه حضر دفنه

العدد بعض الحرج ولا كذلك النسب والنكاح اه هـ داية (قوله ويشترط في الاخبار لفظ الشهادة) قال الكمال ويشترط كون
الاخبار بلفظة الشهادة وفي الموت اذا قلنا يكتفى الواحد لا يشترط لفظ الشهادة بالاتفاق اه (قوله ولو لم يحضر الموت الخ) قال الكمال
فاذا رآه واحد عدل ويعلم أن القاضى لا يقضى بذلك وهو عدل أخبر غيره ثم يشهدان بموته ولا بد أن يذكر ذلك الخبر أنه شهد بموته أو جنازته
ودفنه حتى يشهد الاخر معه وكذا لو جاء خبر موت رجل وصنع أهله ما يصنع بالموتى لم يسع لاحد أن يشهد بموته الا ان شهد بموته أو سمع
من شهد بذلك اه

(قوله وقوله وأصل الوقف) قبول شهادة التماس في أصل الوقف هو قول محمد وبه أخذ الفقهاء أبو الليث وهو المختار اه شرح المجمع
 للمصنف في كتاب الوقف (قوله يحترز به من شرائطه) قال الكمال وليس معنى الشرط أن يبينوا الموقوف عليه بل أن يقولوا من غلما
 بكذا وكذا والباقي كذا وكذا وفي الفتاوى الصغرى في الفصل الثاني من كتاب الشهادات إذا شهدوا أن هذا وقف على كذا ولم يبينوا
 الواقف ينبغي أن يقبل ونص عن الشيخ الإمام طهيري الدين إذا لم يكن الوقف قديما لا بد من ذكر الواقف (قوله في المتن ومن في يده شيء سوى
 الرقيق لك أن تشهد الخ) قال الإمام قاضي خان رحمه الله في فتاواه في كتاب الشهادات في فصل في الشاهد يشهد بعد ما أخبر بزوال الحق
 وفي المتن إذا رأيت في يد رجل متاعا أو دارا أو وقع في قلبك أنه لم يرأيت بعد ذلك أنه في يد غيره وسعك أن تشهد أنه لا أول وان لم يقع في قلبك
 حين رأيت أنه لا أول لم يسعك أن تشهد له (٢١٦) برؤيتك إياه في يده وان رأيت في يده فوقع في قلبك أنه لم يرأيت في يد غيره فأردت أن

تشهد أنه لم يرأيت في يده فشهد عندك
 شاهد عدل أنه الذي في يده
 اليوم كان هو أو دعه لا أول
 يحضر ثم حال يسعك أن تشهد
 أنه لا أول فان شهد به عدل
 واحد وسعك أن تشهد أنه
 لا أول قال لان عند شهادة
 الشاهدين يقع في قلبه أنه
 ليس لا أول فلا يحصل أن
 يشهد أنه لا أول بخلاف
 ما إذا شهد به عدل واحد
 لان شهادة الواحد لا يزول
 ما كان في قلبك أنه لا أول
 فلا يحصل لك أن تمنع عن
 الشهادة إلا أن يقع في قلبك
 أن هذا الواحد صادق فاذا
 وقع في قلبك ذلك لا يحصل لك
 أن تشهد أنه لا أول وذكر
 في المتن أنه إذا رأى شيئا
 في يد إنسان ووقع في قلبه
 أنه حل له أن يشهد بأنه له
 وذكر في الجامع الصغير
 إذا رأى متاعا أو دارا في يد
 إنسان ثم رآه في يد غيره حل
 له أن يشهد أنه لا أول ولم
 يذكر وقوع في قلبه أنه لم يذ
 كرا تصرف مع اليد واليمين
 يشهد ما يقع في قلبه أنه اه
 وهم العوقض أو باعها منه ولا
 والبائع شهادة منهم ان الدار كانت
 باع والدار كانت في يده يوم البيع
 الشهادة باليد عند سبب الملك جعل
 بالملك بغير اليد ولوراء يتصرف
 فيه تصرف المالك لهذا اه

فهو مائة وقوله وأصل الوقف يحترز به من شرائطه لان أصله هو الذي يشتردون شرائطه فلا يقبل
 فيها بالتسامع وذكر المرغيناني رحمه الله أنه لا بد من بيان الجهة بأن يشهدوا أنه وقف على هذا المسجد
 أو الفقير أو ما أشبهه حتى لو لم يذكروا في شهادتهم اسم الجهة لا تقبل شهادتهم ثم قصر الاستثناء على هذه
 الأشياء ينفي اعتبار التماس في الولاء وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجوز لانه بمنزلة النسب لقوله عليه
 الصلاة والسلام الولاء لغة كلحمة النسب ولان الحكم المتعلق بالولاء يبقى بعد الموت كالحكم المتعلق
 بالنسب فلو لم يحز بالتسامع لتعطلت الاحكام وجهه قول أبي خنيفة ومحمد رحمه الله أن العتق ينفي
 على زوال الملك ولا بد فيه من المعاينة فكذا ما ينفي عليه وذكر شمس الأئمة السرخسي ان الشهادة بالعتق
 لا تقبل بالاجماع وذكر الحلواني رحمه الله أن الخلاف ثابت فيه أيضا ثم ينبغي أن لا يفسر أنه يشهد
 بالتسامع فلو فسر لا يقبله كعاينة شيء في يد إنسان يطلق له الشهادة وإذا فسر لا تقبل قال رحمه الله (ومن في
 يده شيء سوى الرقيق لك أن تشهد أنه له) لان اليد بلا منازع أقصى ما يستدل به على الملك الا إذا دلل بمعرفة
 الملك في حق الشاهد سوى اليد بلا منازع لان غاية ما في الباب أن يعاين أسباب الملك من الشراء وغيره
 وذلك راجع الى البدل ان المالك ثبت ملكه باليد بلا منازع ولولا ذلك لما صح التملك منه من المشتري فثبت
 به هذا أن لا دليل على الملك سوى اليد فكان معتمد الشاهد اليد اعتبارا للظاهر عند تعذر الوقوف على
 الحقيقة فمنعه الشهادة باليد يؤدي الى سد بابها اذا لا دليل للشاهد سوى اليد وبها ما مفتح وهي مشروعة
 فما يؤدي الى انتفاء ما فهو المشتري وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يشترط مع ذلك أن يقع في قلبه أنه له
 ليحصل له نوع علم أو غلبة ظن لان الشهادة بلا علم لا تجوز لما لو ناورينا ولهذا قيل لو رأى دابة غنية
 في يد كاس أو كلبا في يد جاهل وليس في آباءه من هو أهل لذلك لا يسعه أن يشهد له قالوا يحتمل أن يكون
 هذا تفسير الاطلاق محمد رحمه الله بقوله وسعك أن تشهد أنه له وقال الشافعي رحمه الله دليل الملك اليد
 مع التصرف وبه قال الخصاف لان اليد متنوعة الى ملك وديعة وعارية واجارة ورهن فلا يمتاز
 الا بالتصرف قلنا التصرف أيضا متوقف الى وكالة وأصله وشرط النسب في التصرف مع اليد وان يقع
 في قلبه أنه له لان الأصل في الشهادة الاحاطة والتيقن لما بيننا وجوابه ان العلم القطعي متعذر فيشترط فيه
 غلبة ما يمكن وهو البدل ان الملك لا يعرف بالدليل حقيقة وان رأيت شربة لاحتمال أن البائع لا يعلمك فيكتفي
 بظاهر اليد تيسر اذا الأصل أن تكون الاملاك في يد ملاكها أو كينونتها في يد غيره عارض فرجحنا بالأصل
 ولهذا يقضى له القاضي باليد قضاء ترك ثم المسئلة على أربعة أقسام أحدها أن يعاين المالك والمالك بأن

يذكر وقوع في قلبه أنه لم يذ كرا تصرف مع اليد واليمين ما ذكر في المتن لان اليد محتملة وكذا التصرف فلا يحصل له أن عرف
 يشهد ما يقع في قلبه أنه اه وكتب أيضا قال الولاء المحلى رحمه الله في فتاواه في كتاب الدعوى وإذا ادعى المدعي دارا أو شهد مشهوده أن فلانا
 وهم العوقض أو باعها منه ولا يحتاجان الى أن يقولوا باع وهو يملكه في قول أبي حنيفة لان شهادتهم بقبض المدعي الدار من الواهب
 والبائع شهادة منهم ان الدار كانت في يد الواهب والبائع في يده فلو شهدوا أن فلانا وهب الدار من المدعي والدار كانت في يده يوم الهبة أو
 باع والدار كانت في يده يوم البيع تقبل البينة ويقضى به المدعي لانهم لم يشهدوا بالملك للواهب والبائع نافي فقد شهدوا بالملك حكمان
 الشهادة باليد عند سبب الملك جعل دالة على الملك حكمان لان الاملاك لا تعرف الا بهما ولهذا قالوا من رأى عينا في يد إنسان لا يحل له أن يشهد
 بالملك بغير اليد ولوراء يتصرف فيه تصرف المالك لهذا اه

(قوله جازله أن يشهد الأول بالملك إذا ادّعى بناء على يده) وظاهر أن المراد بالملك المملوك اه فتح (قوله حل له أن يشهد باستحسانا) والقياس أن لا يجوز لأن الخلة في المشهود به تمنع جواز الشهادة فكذلك في المشهود له اه فتح (قوله لا يحل له أن يشهد داخ) لأنه يحذف في هذه الشهادة اه فتح (قوله في المتن وان فسر للقاضي أنه يشهد له بالتسامع أو بجعانة اليد (٢١٧) لا تقبل) قال قاضيان في فتاواهم ولو

شهدوا بالملك وقالوا شهدنا
لأننا رأينا في يده لا تقبل
شهادتهم اه

باب من تقبل شهادته
ومن لا تقبل

ما ذكرنا تسمع فيه الشهادة
وما لا تسمع شرع في بيان
من تسمع منه الشهادة ومن
لا تسمع إلا أنه قدّم الأول لأن
الحل شرط والشرط مقدّم
كالظهار في الصلاة اه
اتقاني وكتب ما نصه قال
الكامل وأخوه لأن الحال
شروط والشرط غير مقصود
لذاته والاصل أن التهمة
تبطل الشهادة لقوله صلى
الله عليه وسلم لا شهادة لهم
والتهمه تثبت مرة بعدم
العدالة ومرة بعدم التمييز
مع قيام العدالة اه (قوله في
المتن ولا تقبل شهادة الاعمى)
أي مطلقا سواء عي قبل
التحمل أو بعده فيما تجوز
الشهادة فيه بالتسامع أو
لا تجوز اه فتح وكتب
ما نصه قال الاتقاني اعلم أن
شهادة الاعمى لا تجوز عند
أبي حنيفة سواء كان بصيرا
عند تحمل الشهادة أعمى
عند الاداء أو أعمى في الحالين

وقال أبو يوسف إذا كان
بصيرا عند التحمل أعمى

عرف المالك باسمه ونسبه ووجهه وعرف الملك بحدوده ورآه في يده بلا منازعة أحد ثم رآه في يد غيره بعد
جازله أن يشهد الأول بالملك إذا ادّعى بناء على يده والشأن أن يعاين الملك دون المالك بأن عاين ملكا
بحدوده ينسب إلى فلان بن فلان والفلاحي وهو لم يعرفه بوجهه ونسبه ثم جاء الذي نسب إليه الملك وادّعى
أن الحدود ملكه على شخص حل له أن يشهد استحسانا لأن النسب يثبت بالتسامع فصارت المالك معلوما
بالتسامع والملك بالمعاينة ولو لم يسمع مثل هذا الضاع حقوق الناس لأن فيهم المحجوب ومن لا يبرز أصلا
ولا يتصور أن يراه متصرفا فيه وليس هذا اثبات الملك بالتسامع وانما هو اثبات النسب بالتسامع وفي
ضمنه اثبات الملك به وهو لا يمنع وانما يمنع إثباته قصدا والثالث أن لا يعاين الملك ولا المالك ولكن يسمع
من الناس أنهم قالوا فلان بن فلان ضيعة في قرية كذا حدودها كذا وهو لا يعرف تلك الضيعة ولم يعاين
يده علم لا يحل له أن يشهد له بالملك والرابع أن يعاين المالك دون الملك بأن عرف الرجل معرفة تامة
وسمع أن له في قرية كذا ضيعة وهو لا يعرف تلك الضيعة بعينها لا يسمعه أن يشهد لأنه لم يحصل له العلم
بالحدود وهو شرط للشهادة على ما بينا وقوله سوى الرقيق إشارة إلى أنه لا يجوز له أن يشهد في الرقيق إذا
رآه في يده لأن الرقيق يد على نفسه حتى إذا ادّعى أنه حر الأصل كان القول قوله فلا يثبت لغيره عليه يد على
الحقيقة حتى يعتبر لا طلاق الشهادة بالملك ولا يمكن أن يعتبر فيه التصرف وهو الاستخدام لا طلاق
الشهادة لأن الحر أيضا يستخدم طائعا كالعبد فلا يصلح دليلا على الملك وفي الكافي عن أبي يوسف ومحمد
رحمهما الله أنه يجوز له أن يشهد في الرقيق أيضا وفي الهداية جعل ذلك عن أبي حنيفة رحمه الله ووجهه
أن اليد دليل الملك مطلقا لا ترى أن من ادّعى رقيقا في يد غيره وذو اليد يدعيه لنفسه كان القول للذي
اليدين الظاهر شاهد له بالملك وهو قيام يده عليه هذا إذا كان الرقيق مميزا به عن نفسه ولم يعرف بالرق
وأن كان لا يعرف عن نفسه أو كان معروفا بالرق جازله الشهادة بالملك إذا رآه في يده لأن الرقيق أو الصغير
الذي لا يعرف عن نفسه يكون في يد غيره إذا يده على نفسه فصارت كسائر الأموال قال رحمه الله (وان فسر
للقاضي أنه يشهد له بالتسامع أو بجعانة اليد لا تقبل) أي فسر للقاضي أنه يشهد بالتسامع في موضع يجوز
له الشهادة بالتسامع أو فسر أنه يشهد له بالملك برؤيته في يده في موضع يجوز له الشهادة برؤيته في يده لأن
التسامع أو الرؤية في اليد مجوز للشهادة بالملك والقاضي يلزمه القضاء بالملك بالشهادة إذا كانت عن عيان
ومشاهدة أو اطلاق لاحتمال المشاهدة فيحمل عليه أما إذا كانت عن تسمع أو رؤية في يده فلا يريده علما
فلا يجوز له أن يحكم بها لا ترى أنه لا يجوز له أن يحكم بسماع نفسه ولو تواتر عنده ولا برؤيته نفسه في يد
إنسان فأولى أن لا يجوز بسماع غيره أو برؤيته غيره وهذا لأن القضاء يجب بما تجب به الشهادة وفيما لا تجب
لا يجب فكذلك ينبغي أن لا تجوز الشهادة فيما لا يجوز القضاء به إلا استحسانا في المواضع التي تقدم ذكرها
للضرورة التي ذكرناها وبقي القضاء على أصل القياس قال رحمه الله (وان شهد أنه حضر دفن فلان
أو صلى على جنازته فهو معانة حتى لو فسر للقاضي قبل) لأنه لم يشهد إلا بما علم فوجب قبولها لدخوله تحت
قوله تعالى الأمن شهد بالحق وهم يعلمون وقال تعالى وما شهدنا إلا بما علمنا والله أعلم

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

قال رحمه الله (ولا تقبل شهادة الاعمى) وقال زفر رحمه الله تقبل فيما يجزى فيه التسماع وهو رواية

(٢٨ - زبلي رابع) عند الشهادة تقبل شهادته في غير الحدود والقصاص وهو قول مالك والشافعي وإن أبي لم يكره
الاختلاف في المختصر والمختصر وكذا خلاف أبي يوسف في أدب القاضي وفي الأسرار ولكن ذكر شمس الأئمة في شرح أدب القاضي
خلاف أبي يوسف كذلك وذكر قول محمد مع أبي يوسف ولم يذكروا خلاف أبي يوسف بل ذكر المسئلة بالاختلاف كما ترى ولكن قال
في الكتاب المسمى بالقرىب قال أبو حنيفة ومحمد وزفر إذا تحمل الشهادة وهو بصير ثم عي لم تقبل شهادته وقال أبو يوسف تقبل إلى هنا

لفظ التقريب ثم قال فيه وقد ذكر ابن شجاع عن أبي حنيفة وزفر جواز شهادة الأعمى في النسب لأن ذلك مما يقع بالاستفاضة ولا يحتاج فيه إلى نظر ومعاينة كذا في التقريب وقال في الأسرار وعند زفر يجوز شهادة الأعمى فيما تجوز فيه الشهادة بالاستفاضة كالنسب والموت وبه قال الشافعي وهو رواية عن أبي حنيفة كذا في الأسرار اهـ **فرع لطيف** قال الولوالجي رحمه الله في أواخر الفصل الثالث من كتاب أدب القاضي مانصه ولو شهد ذمي على ذمي ولم ينفذ الحاكم الشهادة حتى أسلم المشهود عليه فالشهادة تبطل لأن الشهادة إنما تصير حجة عند اتصال القضاء بها وعند اتصال القضاء بها الشاهد كافر والمشهود عليه مسلم فلا تصير حجة وإن أسلم المشهود عليه بعد الحكم فالحكم ماض عليه ويؤخذ بالحقوق كلها إلا الحدود ولأن الأمضاء في باب الحدود من القضاء فصلا لا إسلام قبل الأمضاء كالأسلام قبل القضاء وكذا القصاص في النفس وفي جرد النفس لا ينفذ القاضي استحسانا لما قلناه وقد ذكر الولوالجي بعد هذا فوائده فليست بمرحلة اهـ قال الولوالجي قبيل الفصل الرابع من كتاب الشهادات (١١٨) نصرايمان شهدا على نصراني بقطع يدا وأقصاص ثم أسلم المشهود عليه بعد القضاء

عن أبي حنيفة رحمه الله لأنه يساوي البصير في السماع إذا خلل في سمعه وقال أبو يوسف والشافعي رحمه الله يجوز إذا كان بصيرا وقت التحمل لحصول المقصود بالمعاينة وهو العلم والاداء يختص بالقول ونسائه صحيح فصيح والتعريف يحصل بالنسبة كما في الشهادة على الميت وفيما بين ذلك لا خلل في حفظه ولم يفت في حقه إلا الإشارة وذكر الاسم يقوم مقامها عند تعذرهما كما في الشهادة على الميت وقال مالك نقبل شهادته مطلقا كالصير ولنا أن الاداء يقتصر إلى التمييز بين الخصمين ولا يفرق بينهما إلا بالتميز فيخشي عليه التلقين من الخصم إذا التفتة تشبه التفتة وربما يشاركه غيره في الاسم والنسب فكان فيه شبهة وهذه الشبهة يمكن التفرغ عنها بحبس الشهود والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر فصلا للحدود والقصاص بخلاف وطء امرأته حيث يجوز له مع هذه الشبهة لأنه لا يمكن التفرغ عنه وفيه ضرورة أيضا لأنه يحتاج إلى اقتضاء الشهوة بقاء النسل ولأنه يقبل فيه خبر الواحد فيعتمد على خبر المرأة وكذا إذا عصى بعد الاداء قبل الحكم بها لأن قيام الاهلية شرط وقت القضاء تصير حجة قصاص كما إذا خرس أو جن أو فسق أو ارتد والعياذ بالله تعالى بخلاف ما إذا ما أوفوا بالان الاهلية تنتهي بالموت وبالغيبه باقية على حالها قال رحمه الله (والمملوك والصبي) لأن الشهادة من باب الولاية لمسا فيها من الزام الغير وليس معنى الولاية سوى هذا والاصل ولاية المرء على نفسه ولا ولاية له ما على أنفسهما فأولى أن لا يكون لهما الولاية على الغير قال رحمه الله (إلا أن يحمل في الرق والصغر وآدابا بعد البلوغ) لأنهما أهل للتحمل لأن التحمل بالمشاهدة والسماع ويبقى إلى وقت الاداء بالضبط وهما لا ينفان ذلك وعند الاداء هما أهل للشهادة قال رحمه الله (والحدود في ذنوب وإن تاب) لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون وقال الشافعي رحمه الله تقبل شهادته إذا تاب لقوله تعالى إلا الذين تابوا والاستثناء إذا تعقب جلة بعضهم معطوفة على بعض ينصرف إلى الكل كقول القائل امرأته طالق وعبدته حر وعليه حجة إلا أن يدخل الدار فهو ومنصرف إلى جميع ما تقدم ولأن هذا افتراء على عبد من عباد الله تعالى والافتراء على الله تعالى وعوكفر لا يوجب رد الشهادة على التأبيد بل إذا أسلم تقبل شهادته فهذا أولى ولأنه لو تاب قبل إقامة الحد عليه تقبل شهادته ولا جاز أن تكون إقامة الحد عليه هي الموجبة لرد الشهادة لأنه فعل الغير به وهو مطهر أيضا فلا يصلح منطال رد الشهادة فتعين الرد لنفسه ولنا ما تلونا

بطلت لأن الأمضاء من القضاء في العقوبات اهـ (قوله وكذا إذا عصى بعد الاداء قبل الحكم بها لأن قيام الاهلية شرط الخ) قال الاتقاني أعلم أن الشاهد إذا عصى أو خرس بعد أداء الشهادة قبل الحكم بها لم يجوز الحكم بها عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لأبي يوسف كذا ذكر الخصاص الخلاف في أدب القاضي وذكر قول الشافعي مع أبي يوسف في الأسرار ووجه قول أبي يوسف أنه معنى طرأ بعد أداء الشهادة فلا يمنع الحكم بها كالمات الشاهدان بعد أداء الشهادة أو غابا أو جانا أو غيبا بعد الحكم بها اهـ وكتب مانصه قال السكاكي رحمه الله في المبسوط لا تجوز شهادة الأخرس لأن الاداء يختص بلفظ الشهادة

ووجهه

باجماع الفقهاء حتى لو قال أنا أخبر أو أعلم أو أتيقن لا يقبل ولفظ الشهادة لا يتحقق من الأخرس وبه قال الشافعي ووجهه في قول مالك وأحمد وقال الشافعي في الأصح تقبل شهادته إذا كان له إشارة مفهومة لأن إشارته حينئذ كترجة لفظ الشهادة بلسان آخر وقلنا في إشارته تممة ويمكن التفرغ عنها بحبس الشهود كما في الأعمى اهـ (قوله في المتن والمملوك والصبي) قال في الشامل في قسم المبسوط شهد الصبي والعبد والكافر على مسلم فردت شهادتهم ثم شهدوا بعد البلوغ والعق والاسلام تقبل لأن المردود ليس بشهادة والفاسق لو ردت شهادته ثم شهدوا بعد التوبة لا تقبل لأن المردود شهادة فيكون فيه نقض قضاء قد مضى بالاجتهاد كأحد الزوجين ردت شهادته ثم أعادها بعد الابانة لا تقبل ولو شهد المولى لعبده ثم أعادها بعد العتق كذلك ولو شهد لولا بعد العتق وقد تحملها حال الرق جاز لماعرف إلى هنا لفظ الشامل اهـ اتقاني وكتب مانصه قال الولوالجي رحمه الله في أواخر الفصل الثالث من أدب القاضي ولو كانت عند الذمي شهادة على المسلم فأسلم الذمي وشهد على المسلم جازت شهادته لأن الاسلام شرط لاهية الاداء في راي وقت الاداء إذا وجد اهـ

(قوله لأجل أنه حد الخ) شهادة المحدود في السرقة وغيرها من الجنائيات سوى المحدود في القذف تقبل إذا تاب فرق بين هذا وبين شهادة المحدود في قذف إذا تاب حيث لا تقبل والفرق أن رد الشهادة لهؤلاء كأن لأجل (٢١٩) الفسق وبالتوبة يرتفع الفسق

أما شهادة المحدود في القذف

انما لا تقبل لانه من تمام الحد وأصل الحد لا يرتفع بالتوبة فكذا ما هو من تمامه اه ولو أُلجى في أواخر الفصل الثالث من أدب القاضي (قوله بعد التوبة) زائد مفسد كذا بخط قارئ الهداية رحمه الله وقد شطب في نسخهته على قوله بعد التوبة وقد شاهدته ثانيا في خط الشارح رحمه الله قال في الدراية ما نصه وفي المبسوط والصحيح من المذهب عندنا أنه إذا أقام أربعة من الشهود على صدقه بعد الحد عليه تقبل شهادته اه وهو كما ترى يؤيد ما قاله قارئ الهداية اه (قوله في المتن الآن بمحد الكافر في قذف) اعلم أن الذي إذا حد في قذف لم تجز شهادته بعد ذلك على أهل الذمة ثم إذا أسلم جازت شهادته على أهل الذمة وعلى أهل الإسلام جميعا اه غايه (قوله والاخير لمن استأجره) قال قاضيان رحمه الله في فتاواه إذا شهد الاجير لاستأذه بشئ اختلفت الروايات فيه ذكر في كتاب الكفالة أنه لا يجوز وذكر في الديات أجبر القاتل إذا شهد على ولي القاتل بالعفو جازت شهادته وذكر

ووجهه ان الله تعالى رد شهادته على التأبيد فن قال هو موقت الى وجود التوبة يكون رد الماقتضاء النص فيكون مردودا والقياس على الكفر وغيره من الجرائم لا يجوز لان القياس المخالف للنص لا يصح ولان رد الشهادة معطوف على الجملة المنة مقدمة وهي حد فكذا هذا فصار من تمام الحد إذا عطف لا بشرائه وتغاييرهما بالامر والنهي لا يمنع من ذلك كقولهم اجلس ولا تكلم فكان الكل جزاء جرئته ولا نسلم ان الجملة الاخيرة معطوفة على ما قبلها لان ما قبلها محدود ولهذا أمر الأئمة به وقوله وأولئك هم الفاسقون ليس بمجدوا وغاها واخبار عن وصف قام بالذات فلا يصلح حدا لان الحد يقع بفعل الأئمة لا بوصف قائم بالذات فلا ينصرف الاستثناء الى الجميع ولو انصرف لبطل الحد ولم يقل به أحد فتبين بهذا ان الواو في قوله تعالى وأولئك هم الفاسقون واو نظم لا واو عطف فيكون منقطعاعن الاول فينصرف الاستثناء الى ما يليه ضرورة كقوله تعالى والراسخون في العلم ألا ترى انه لا يصلح جزاء جرئته والحد محدود بالشهادة يصلحان جزاء لان كل واحد منهما مؤلم زاجر عن ارتكاب هذه الجريمة فصار رد الشهادة قطعاً لآلة الجنامة معني وهي اللسان كقطع اليد حقيقة في السرقة فصار الرد من تمام الحد والحد لا يرتفع بالتوبة فاذا لم تكن الواو للعطف لا ينصرف الاستثناء الى الجميع بخلاف ما ذكر من المثال لان الواو فيه للعطف ألا ترى ان كلها جعل انشائية فيموقوف كلها على آخرها حتى إذا وجد المغفر في الأخير تغير الشكل والقياس على الكفر وغيره ممنوع لفقد شرطه وهو أن لا يكون في الفرع نص يمكن العمل به وهنا نص على التأبيد فكيف يمكن القياس عليه ولا جائز أن يكون رد شهادته لفسقه لان الثابت بالنص في خبر الفاسق هو التوقف بقوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا لا الرد ولانه لو كان الرد لأجل فسقه للزم عطف العلة على حكمها وهو لا يجوز فتبين بهذا ان رد الشهادة لأجل انه حد لا للفسق ولهذا الواو أقام أربعة بعد ما حد على انه زنى تقبل شهادته بعد التوبة في الصحيح لانه بعد اقامة البيعة لا يحذف كذا الترد شهادته قال رحمه الله (الآن يحذف الكافر في قذف ثم أسلم) فانه تقبل شهادته بعد الاسلام لان هذه شهادة استفادها بعد الحد بالاسلام فلم يلحقها رد لان التي ردت غير هذه ألا ترى أن المردودة لا تقبل على المسلم وهذه تقبل فبرد الأولى لا ترتد الثانية بخلاف العبد إذا حد ثم أعترف حيث لم تقبل شهادته لانه لم يكن له شهادة على أحد وقت الحد فلم يتم الرد لا بعد الاعتاق في حقه فلا يتصور قبولها من غير اقامة البيعة على المقذوف انه زنى على ما مر وهذا لان الرد من تمة الحد في الكافر ثم في حال كفره وفي العبد لم يتم الا بعد الحرية ولو ضرب الذمي في حد القذف سوطاً فأسلم ثم ضرب الباقي بعد الاسلام تقبل شهادته لان رد الشهادة من تمام الحد والموجود بعد الاسلام ليس بمحذوب هو بعضه فلا يرتب عليه رد الشهادة وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى انه اذا ضرب السوط الاخير بعد الاسلام لا تقبل شهادته لان الحكم اذا تعلق بعلة ذات اجزاء تعلق الحكم بالجزء الأخير لما عرف في موضعه وعنه أنه إذا ضرب الاكثر بعد الاسلام لا تقبل شهادته وان كان دون ذلك تقبل لان لاكثر حكم الكل وفي المبسوط لا تسقط شهادة القاذف ما لم يضرب تمام الحد لان اقامة الحد مسقط للشهادة والحد لا يجزأ فادونه لا يكون حدا بل يكون تعزيراً وهو لا يسقط الشهادة وروى عنه انها تسقط اذا أقيم عليه الاكثر وروى عنه انه اذا ضرب سوطاً سقطت شهادته وهي نظير مسألة اسلام الذمي في حالة الحد على ما بينا قال رحمه الله (والولد لا بوبه وجد به وعكسه واحد الزوجين للأخروا والسيد لعبد ومكاتبه) اقوله عليه الصلاة والسلام لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الولد لوالده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيد ولا المولى لعبد ولا الاجير لمن استأجره ولان المنافع بين هؤلاء ممتصة وهذا لا يجوز زاده بعضهم الزكاة الى بعض فتكون شهادة لنفسه من وجه فلا تقبل ولا

الحصاف ان شهادة الاجير لاستأذه مردودة وهي رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله قالوا ان كان الاجير مشتركا تجوز شهادته في الروايات كلها وما ذكر في الديات محمول على هذا الوجه وان كان أجبر وحده مشاهرة أو مسانمة أو مياومة لا تقبل شهادته لاستأذه لافي تجارته ولا في شيء آخر وما ذكر في الكفالة محمول على هذا كذا ذكر الناطقي والامام الصدر الشهيدي ووجهه ظاهر لان أجبر الواحد

يستحق الاجر عضي الزمان واذا كان يستوجب الاجر لزمان أداء الشهادة كان متما فيما شهد أما الاجر المشترك فلا يستوجب الاجر الا بالعمل الذي عقدت عليه الاجارة فاذا لم يستوجب بشهادة أجر التفت التهمة عن شهادته ولهذا جازت شهادة القابلة على الولادة عند شرطها وهو العدالة اهـ (قوله وقيل المراد به الاجر مشاهرة لانه اجير خاص) قال في خلاصة الفتاوى ولا تجوز شهادة الاجير لاستاذه ارا ديه التلميذ الخاص والتلميذ الخاص الذي يأكل معه وفي عماله وليس له أجره معلومة أما الاجير المشترك اذا شهد للستاجر قبل وأما الاجير الواحد وهو الذي استأجر مياومة أو مشاهرة أو مسانحة بأجرة معلومة لا تقبل الى هذا لفظ الخلاصة وذلك لان منافع الاجير الواحد مستحقة للستاجر ولهذا لا يجوز له أن يؤجر نفسه من آخر في تلك المدة فلو جازت شهادته للستاجر كانت شهادة بالاجر فلا تجوز وذلك لان شهادته من جهة منفعه (٢٢٠) وهي مستحقة بالاجر وهذا معنى قوله في المتن فيصير كل مستأجر عليها أى على الشهادة

فرق بين ان يكون على العبد دين أو لم يكن لانه حق في ماله كيفما كان والمراد بالاجر في الحديث التلميذ الخاص الذي يعد ضرر استاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وهو معنى قوله عليه الصلاة والسلام لا شهادة للقانع بأهل البيت وأصل القنوع السؤال والمراد من يكون تبعاً للقوم كالخادم والاجير والتابع لانه بمنزلة السائل يطلب معاشه منهم وهو من القنوع لامن القناعة وقيل المراد به الاجير مشاهرة لانه أجر خاص فيستوجب الاجر على منفعه فاذا شهد له في مدة الاجارة يكون كانه شهد له بأجر ومالك رحمه الله يخالفنا في قرابة الولاد هو يعتبرها بالشهادة عليهم والشافعي رحمه الله تعالى يخالفنا في الزوجين فيقول لا قرابة بينهما والزوجة قد تكون سبباً للتناحر والعداوة وقد تكون سبباً لليل والائتلاف فصارت نظير الاخوة ولهذا يجري القصاص بينهما والحبس بالدين ولا يعتبر بالمنفعة الثابتة ضمناً كما في الغريم اذا شهد لمدينه المقلس ولنا ما روينا من الحديث وما بينا من المعنى وهو ان المنافع بينهما متصلة ولهذا بعد أحدهما غنياً بغنى صاحبه وقيل هو المراد بقوله تعالى ووجدك عائلاً فاغنى أي بعمل خديجة فاذا كان هذا في الزوجين في الولاد أو في ورثته أو في الحسن بن علي رضي الله تعالى عنهم ما شهد له على معقبر عند شرح بدر عله فقال شرح على اثبت بشاهد آخر فقال مكان الحسن أو مكان قنبر فقال لا بل مكان الحسن فقال أما سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للحسن والحسين هما سيدا شباب أهل الجنة قال سمعت لكن اثبت بشاهد آخر القصة الى آخرها وفيها أنه استحسنه وزاده في الرزقة ومثل هذا لا يقدح في العدالة لانه لا يجوز ان يكون شهادة لنفسه من وجه وشهادة المرء لنفسه غير مقبولة قال رحمه الله (والشريك لشر يك فيهما هو من شركتهما) لانه شهادة لنفسه من وجه لا شراً كهما فيه وهذا لانه يصير شهادته لنفسه في البعض وشهادة المرء لنفسه غير مقبولة فاذا بطل في نصيبه بطل في نصيب شريكه أيضاً لانها شهادة واحدة فلا تجزأ ولو شهد له بما ليس من شركتهما تقبل لان شفاء التهمة قال في النهاية هذا في حق الشريكين شركته عنان ظاهر وأما شهادة أحد المتفاوضين لصاحبه فلا تقبل الا في الحدود والقصاص والنسكاح لان ما عداها مشترك بينهما وهذا هو فاته لا يدخل في الشركة الا الدراهم والنانير ولا يدخل فيه العقار ولا العروض ولهذا قالوا لو وهب لأحدهما مال غير الدراهم والنانير لا يبطل الشركة لان المساواة فيه ليست بشرط قال رحمه الله (والخنف) أي لا تقبل شهادته وهو الذي في كلامه ملين ونكسر وعمره اذا كان يتعمد ذلك تشبه بالنساء وفي عرف الناس هو الذي يباشر الردي من الافعال ويلين كلامه عدا كل ذلك معصية فلا تقبل شهادته لقوله عليه الصلاة والسلام لعن الله المؤثمين من الرجال والمذكرات

وقال الفقيه أبو الليث في كتاب العيون قال محمد بن رجل استأجر يوماً واحداً لم يكتب الخشي (قوله ومالك رحمه الله يخالفنا) قال السكاكي ما وجدته في الكتب المشهورة لأصحاب مالك اهـ وقال ابن أبي ليلى والثوري والخفي لا تقبل شهادة الزوج لزوجها لان لها حقاً في ماله لوجوب نفقتها فيه وتقبل شهادة الزوج لها عدم التهمة اهـ قاله السكاكي اهـ ويقولنا قال مالك وأحمد اهـ (قوله ولا يعتبر بالمنفعة الثانية ضمناً كما في الغريم اذا شهد لمدينه المقلس) قال في فتاوى قاضيخان ويجوز شهادة رب الدين لمدينه بما هو من جنس دينه كذا ذكره في الوكالة والجامع ولو شهد لمدينه بعد موته بمال لم تقبل شهادته لان الدين لا يتعلق بمال المدينين في حياته ويتعلق

بعد وفاته اهـ (قوله قنبر) قنبر عتيق اعلى كرم الله وجهه وهو بفتح القاف والباء وأما جديسيويه فبضم القاف وفتح من الباء فسيويه هو عم عمرو بن عثمان بن قنبر اهـ (قوله قال أما سمعت) أي قال على اهـ وكتب ما نصه وكان من رأى على رضي الله عنه قبول شهادة الولاد اهـ (قوله الرزقة) قال الصغاني في مجمع البحرين والرزقة بالفتح المرة الواحدة والجوع الرزقات وهي أطعم الجند وارتزق الجند أي أخذوا أرزاقهم اهـ قوله وهي أطعم الجند قال في مجمع البحرين في باب العين والطمع رزق الجند ويقال أمر لهم الامير باطعامهم أي بأرزاقهم اهـ (قوله وأما شهادة أحد المتفاوضين لصاحبه فلا تقبل الا في الحدود والنج) قال الاتقاني قال في الشامل في قسم المبسوط ولا تقبل شهادة الشريك المتفاوض وان كان عدلاً فيما خلا الحدود والقصاص وغير المتفاوض أيضاً في تجارته اهـ وهو موافق لما نقله الشارح عن النهاية اهـ (قوله ولا يدخل فيه العقار ولا العروض) قلت قد قال فيها هو مشترك ويجوز أن يكون بينهما عرض وعقار اشتريهما من مال الشركة اهـ كذا في قارئ الهداية اهـ

(قوله في المتن والناتجة) ليس بثابت في خط الشارح رحمه الله وهو ثابت في نسخ المتن اه (قوله لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن الصوتين الاحقين المغنية والناتجة) وصف الصوت بصفة صاحبه اعلم أن النغني للهو أو لجمع المال حرام بلا خلاف والنوح كذلك خصوصاً اذا كان من المرأة لان رفع الصوت منها حرام بلا خلاف وفي الذخيرة لم يرد بالناتجة التي تنوح في مصيبتها وانما أراد التي تنوح في مصيبة غيرها اتخذ ذلك مكسبة اه (قوله في المتن والعدوان كانت عداوته دينوية) قال في خزائن المفتين ولا شهادة العدوان كانت العداوة بسبب الدنيا وتقبل ان كانت بسبب الدين (اخ) والعدو من يفرح بجزئته ويحزن بفرجه وقيل يعرف بالعرف اه وكتب مانصه قال الماوردي في الاحكام السلطانية ويشهد لعدوه ولا يشهد عليه ويحكم لعدوه ويحكم عليه لأن أسباب الحكم ظاهرة وأسباب الشهادة خافية فانتفت التهمة عنه في الحكم وتوجهت عليه في الشهادة اه (فرع) ولا تقبل شهادة المجازف في كلامه وحكي أن الفضل بن ربيع وزير الخليفة شهد عند أبي يوسف فرد شهادته فشقاه (١٣١) الى الخليفة فقال الخليفة ان

وزرى رجل دين لا يشهد بالزور فلم رددت شهادته قال لا في معيته يوم قال للخليفة أنا عبدك فان كان صادقا فلا شهادة للعبد وان كان كاذبا فكذلك أيضا لانه اذا لم يمسأل في مجلسك بالكذب فلا يمسأل في مجلسي أيضا فعذره الخليفة اه كاكى ستأق هذه الحكاية في كلام الشارح عند قوله والعمال (قوله في المتن وممن الشرب على اللهو) قال الاتقاني رحمه الله ونقل الناصحي في تهذيب أدب القاضي عن الخصاف فقال ولا تقبل شهادة قطاع الطريق والصوص وأصحاب الفجور بالنساء ومن يعمل عمل قوم لوط ومن يشرب الخمر ومن يسكر من النساء هؤلاء فساق ولم يشترط الخصاف في شرب الخمر الادمان كما ترى

من النساء وأما اذا كان في كلامه لين وفي أعضائه تكسر خلقة ولم يشتهر بشئ من الافعال الردية فهو عدل مقبول الشهادة قال رحمه الله (والناتجة والمغنية) لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن الصوتين الاحقين المغنية والناتجة أطلقه في حق المرأة ولم يقيد بكونها نغني للناس وقصد به في حق الرجل لان نفس رفع الصوت حرام في حقها بخلاف الرجل على ما بين قالوا المراد بالناتجة هي التي تنوح في مصيبة غيرها لانها تتركب المحظورات لاجل الطمع في المال وتجعده مكسبة أما التي تنوح في مصيبتها فلا تسقط عدالتها قال رحمه الله (والعدوان كانت عداوته دينوية) لان المعادة لاجل الدين حرام فمن ارتكبها الا يوم من من القول عليه أما اذا كانت العداوة دينية فتقبل شهادته لانها من التدين فتدل على قوة دينه وعدالته وهذا لان المعادة قد تكون واجبة بان رأى فيه منكرا شرعا ولم ينته بنهيته والذي يوضح لك هذا المعنى أن المسلمين مجمعون على قبول شهادة المسلم على الكافر والعداوة الدينية قائمة بينهما فلو كانت مانعة لما قبلت قال رحمه الله (وممن الشرب على اللهو) أي مداوم شرب الخمر لاجل اللهو لان شربها كبيرة وفي الكافي قال إنما شرط الادمان ليكون ذلك ظاهرا منه فان من شرب الخمر سرا ولا يظهر ذلك منه لا يخرج من أن يكون عدلا وان شربها كثيرا وانما تسقط عدالته اذا كان يظهر ذلك منه أو يخرج سكران فيلعب به الصبيان فإنه لاهر ومثله ولا يحتج زعن الكذب عادة وقال في النهاية اطلاق الشرب على اللهو في حق المشروب ليشترط جميع الاشربة المحرمة من الخمر والسكر وغيرهما فان الادمان شرط في الخمر أيضا في حق سقوط العدالة وذكر في فتاوى قاضيخان لا تقبل شهادة مدمن الخمر ولا مدمن السكر لانه كبيرة ثم ذكر مثل ما ذكر في الكافي وذكر في النهاية معزى الى الذخيرة لا تجوز شهادة مدمن الخمر ثم قال شرط الادمان ولم يرد به الادمان في الشرب وانما أراد به الادمان في التيسر يعني يشرب ومن نبتة أن يشرب بعد ذلك اذا وجد ولا تجوز شهادة مدمن السكر وأراد به السكر بسائر الاشربة سوى الخمر لان المحرم في سائر الاشربة السكر فشرط الادمان على السكر والمحرم في الخمر نفس الشرب فشرط الادمان على الشرب وكذلك من يجلس مجالس الفجور والشرب لا تقبل شهادته وان لم يشرب لانه تشبه بهم ولم يحسن أن يظهر عليه ما يظهر عليهم فلا يحتج زعن شهادة الزور قال رحمه الله (ومن يلعب بالطيور) لانه من اللهو ويقال بالطيور وهو أيضا مثله وبورث الغفلة أيضا وقد قال عليه الصلاة والسلام ما أنا من ددولا الددمني ولان الغالب فيه أن يصعد إلى السطوح ليطيير طيره فينتظر الى

ووجهه ان نفس شرب الخمر يوجب الحد فيوجب رد الشهادة وشرط شهادات الادمان فقال ولا تقبل شهادة مدمن الخمر ومدمن السكر وفائدة انه اذا شرب في السر لا تسقط عدالته قال صاحب الاجناس وهذا شرط صحيح لانه متى دام عليه فهو مقيم على معصية وان لم يدم عليه فهو تائب نادم اه وكتب مانصه قال الشيخ أبو نصر الاقطع رحمه الله فاما من آمن الشرب على غيره ولم يسكر وهو لا يعتقد تحليله فشهادته مقبولة لانه لم يوجد منه ما يوجب الفسق ولا يترك المروءة اه وكتب أيضا مانصه قال الخطايزي في حواشي الهداية وانما أراد به غير شارب الخمر لان شارب الخمر هو دود الشهادة على كل حال فلا حاجة الى ابطال شهادته الى شربها على اللهو اه (قوله ليشترط الادمان) الذي بخط الشارح لسياق جميع الاشربة اه (قوله وكذلك من يجلس مجالس الفجور الخ) وقال الناصحي أيضا ولا تقبل شهادة من يجلس مجالس الفجور والحانة على الشرب وان لم يسكر لان اختلاطه بهم وترك الامر بالمعروف بوجوب سقوط عدالته وان لم يكن نفس الجالس فسقا فلا تقبل شهادته اه اتقاني (قوله وقد قال صلى الله عليه وسلم ما أنا من ددولا الددمني) الددال اللهو واللعب

وهي محدودة الام وقد استعملت متممة ددى كندى وذن كبدن ولا يخلو الخذف أن يكون ماء كقولهم يد في يدي أو فونا كقولهم يد في
 بدن ومعنى تنكير الدال الشباع والاستغراق وان لا يبق منه شيء الا وهو منزه عنه أي ما أتى شيء من اللهو والعب وتعرفه في الجلة
 الثانية لانه صار معهودا بالذ كركانه (٢٢٢) قال ولا ذلك النوع مني ولعمالي يقل ولا هو مني لان الصريح أكد وأبلغ اه ابن

الاثير رحمه الله (قوله ولو
 كان يقتنى الحمام في بيته
 الخ) أو لجل الكتب كافي
 ديار مصر والشام اه قارئ
 الهداية (قوله لما روى
 أن البراء بن مالك دخل
 عليه أخوه أنس بن مالك
 وهو يغني وكان البراء بن
 مالك حسن الصوت اه
 الاصابة (قوله والوجه
 ما ذكره المتكلمون الخ) قال
 في الدراية وقيل أصبح ما فيه
 ما نقل عن الحلواني ما كان
 شنيعا بين المسلمين وفيه
 هتك حرمة الله والدين فهو
 كبيرة وكذا الاعانة على
 المعاصي والفحور والحث
 عليها من جملة الكبائر كذا
 الذخيرة والمحيط اه (قوله
 في المستن أو يدخل الحمام
 الخ) قال قاضيخان ولا
 شهادة من يدخل الحمام
 بغير ازار اذا لم يعرف
 رجوعه عن ذلك اه
 (قوله لان كشف العورة
 حرام) أي ومم تركب
 الحرام فاسق فلا تقبل
 شهادته اه اتقاني (قوله
 في الشرح من غير مترز)
 الذي سمعته من شيخني
 العلامة الغزي رحمه الله
 الابتزاز اه (قوله وشرط
 في الاصل أن يكون
 مشهورا به) لانه اذا لم يكن

عورات النساء وهو فسق ولو كان يقتنى الحمام في بيته ليستأنس به لا ليظهر فلا بأس به ولا تسقط عدائته
 عنه لان امساك الحمام في البيوت مباح الا ترى أن الناس يتخذون برجال الحمام من غير تنكير الا اذا
 كانت تجر حمامات أخر ملوكة لغيره فتفرخ في وكها فيا كل ويبيع منه لانه ملك الغير فلا يحل له ذلك
 وتسقط عدائته بذلك قال رحمه الله (أو يغني للناس) لانه يجمع الناس على لهو وعب ولا يخلو عادة
 من ارتكاب كبيرة بالمجازفة والكذب وقيد بكونه يغني للناس أي يسمعهم لانه لو كان لا يسمع نفسه
 حتى يزيل الوحشة عن نفسه من غير أن يسمع غيره فلا بأس به ولا تسقط عدائته في الصحيح لما روى
 أن البراء بن مالك دخل عليه أخوه أنس بن مالك وهو يغني والبراء بن مالك كان من زهاد الصحابة رضي الله
 تعالى عنهم وان أنشد شعرا فيه وعظ وحكمة فهو جائز بالاتفاق وإن كان فيه ذكرا امرأة معينة
 فان كانت ممتة أو كان فيه ذكرا امرأ غير معينة فلا بأس به وان كانت معينة وهي حبة بكرة ومن
 المشايخ من أجاز الغناء في العرس الا ترى أنه لا بأس بضرب الدف فيه لإعلان النكاح وقد قال عليه
 الصلاة والسلام أعلنوا النكاح ولو بالدف ومن مشايخنا من قال اذا كان يغني ليستفيد به نظم
 القوافي ويصير به فصيح اللسان لا بأس به ومن المشايخ من كرهه مطلقا ومن المشايخ من أباحه مطلقا
 ونحن بينا الصحيح من الاقاويل بحمد الله تعالى وكرمه قال رحمه الله (أو يرتكب ما يوجب الحد) لانه من
 الكبائر ومن يرتكبها لا يبالي بالكذب وكل من يرتكب الكبائر ترتب شهادته واختلفوا في الكبيرة فقال
 أهل الجاز وأهل الحديث هي السبع المذكورة في الحديث المشهور وهي الاشرار بالله والفرار
 من الزحف وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وبهت المؤمن والزنا وشرب الخمر وزاد
 بعضهم عليها كل الربا وكل مال اليتيم بغير حق وقال بعضهم ما ثبت حرمة بدل مطلق عنه فهي
 كبيرة وقال بعضهم ما فيه حد أو قتل فهو كبيرة وقيل كل ما أصر عليه المرء فهو كبيرة وما استغفر
 عنه فهو صغيرة لقوله عليه الصلاة والسلام لا صغيرة مع الاصرار ولا كبيرة مع الاستغفار وقال بعضهم
 كل ما كان عيدا فهو كبيرة والوجه ما ذكره المتكلمون أن الكبيرة والصغيرة اسمان إضافيان
 لا يعرفان بذاتهما وإنما يعرفان بالاضافة فكل ذنب اذا نسبت له إلى مادونه فهو كبيرة وإذا نسبت له إلى
 ما فوقه فهو صغيرة وقال بعضهم كل معصية أو وعد عليها في القرآن أو في الحديث المشهور تمنع قبول
 الشهادة لان شاهد الزور موعود عليه من يرتكب مثله من الذنوب يرتكبه فصيح دال على ارتكابه
 الكذب لان من ارتكب شيئا من المحرمات ارتكب نظيره عادة وقيل اذا ارتكب ما يكون شذوذا عادة
 فليس يعدل وقيل ما كان حراما عليه فكبيرة وإلا فصغيرة وقيل ما سعى في الشرع فاحشة فكبيرة
 قال رحمه الله (أو يدخل الحمام بغير ازار) لان كشف العورة حرام وقال عليه الصلاة والسلام لعن الله
 الناظر والمنظور ورأي أبو حنيفة رحمه الله رجلا في الحمام بغير ازار فقال

ألا أيها الناس خافوا إليكم * ولا تدخلوا الحمام من غير مترز

وذكر الكرخي ان من عشي في الطريق بالسراويل وحده ليس عليه غيره لا تقبل شهادته لانه تارك للروعة
 قال رحمه الله (أو يأكل الربا) لانه من الكبائر وشرط في الاصل أن يكون مشهورا به وذلك بالادمان لانه
 لا يمكن التحرز عن العقود الفاسدة وهو ربا بخلاف كل مال اليتيم حيث لا يشترط فيه الادمان لان
 التحرز عنه ممكن ولانه لم يدخل في ملكه وفي الربا يدخل فيشرط فيه الادمان قال رحمه الله (أو يقامر
 بالتردوا لشرط فنج أو تفوته الصلاة بسببهما) لان كل ذلك فسق وكذا اذا كان يكثر عليه الخلف كاذبا

مشهورا به فطر به التهمة وعدالته ظاهرة فلا تبطل بهتمة معصية لم تتحقق اه غايه (فرع) قال الناصحي في
 تهذيب أدب القاضي حكى عن أبي الحسن أن شيخا لوصارح الاحداث في الجامع لم تقبل شهادته لان هذا خفيف وان لم يحكم به فقهه لذلك
 اه اتقاني رحمه الله (فرع) ولا تقبل شهادة الطفيل والمشعور والرقاص والمسخرة بخلاف اه معراج الدراية

(قوله وقال عليه الصلاة والسلام ولعون من يلعب بالترد) وهو حرام بالإجماع اهـ قارئ الهداية (قوله فلا تردشهادته ما لم ينضم إليه أحد المعاني الثلاثة) قال الاتقاني أما إذا لم يوجد أحد هذه ولعب بالشرطي وحافظ على الصلاة في وقتها ولم يقامر على ذلك ولم يخلف بالكذب فإنه لا تسقط شهادته وذلك لأن العلماء اختلفوا في حرمة اللعب بالشرطي ولما حثه عندنا عدم هذه المعاني فعلى قول مالك والشافعي يحل كذا نقل مذهبهم أشميس الأئمة السرخسي في شرح أدب القاضى في باب المسئلة عن الشهود ولأن الناس لا يعدونه من الكفار ولا يستخفون صاحبها فلا تردشهادته اهـ (قوله في المتن أو يقول أو يأكل على الطريق) (٢٣٣) أى يرى الناس أنه تارك

للمروءة اه قارئ الهداية
(قوله وكذا لاتقبل شهادة
من يأكل الخ) والذي وجدته
بخط شيخنا مكتوبا بعد
يا كل أو يشرب اه وكتب
مانصه (قوله وكذا لاتقبل
شهادة الخ) قال السكاكي
لانه لايفعل ذلك من كان
له مروءة وكل فعل فيه ترك
المروءة يوجب سقوط
شهادته بلاخلاف بين الائمة
الاربعة حتى لو مشى في
السوق أو في مجامع الناس
بسر أو بمل واحد لاتقبل
شهادته وكذا من يمدرجليه
عند الناس أو يكشف
رأسه في موضع لا عادة فيه
بما يجتنبه أهل المروآت (قوله
في المتن ونقبل لاخيه وعه
الخ) وذلك لعدم قوله تعالى
وأشهدوا ذوي عدل منكم
فيعمل بعمومه الا ماورد
التخصيص بالاميل اه
اتقاني (قوله في المتن وأهل
الاهواء) قال الاتقاني أراد
بأهل الاهواء أصحاب البدع
كالخارجي والرافضي
الجبري والقدرى والمشببه
والمعطل ويسمى أهل البدع
أهل الاهواء لم لهم الى

لان كل ذلك من الكبائر وقالوا في الرد ترد شهادة بمجرد اللعب فيه من غير اشتراط التمسار ولا غيره لان
 نفس اللعب فيه فسق وقال عليه الصلاة والسلام ملعون من يلعب بالنرد ومن يكون ملعونا كيف
 يكون عدلا بخلاف الشطرنج لان الاجتهاد فيه مساغفلا ترد شهادة مالم ينضم اليه احد المعاني
 الثلاثة التي ذكرناها آنفا قال رحمه الله (أو يقول أوبأ كل على الطريق أو يظهر سب السلف) يعني
 الصالحين منهم وهم الصحابة والتابعون والعلماء كل في حقيقته وأصحابه لان هذه الاشياء تدل على قصور
 عقله وقلة مروءته ومن لم يمنع عن مثلها لا يمنع عن الكذب عادة بخلاف ما إذا كان يخفي السب وكذا
 لا تقبل شهادة من يأكل في السوق بين أيدي الناس لما ذكرنا وقال بعض المشايخ لا تقبل شهادة أهل
 الحرف لكثرة الايمان الفاجرة منهم وأكثرهم على انها تقبل شهادة من عرف منهم بالعدالة ولا تقبل ممن
 يكثر شتم أهله ولا ممن يشتم الناس قال رحمه الله (وتقبل لأخيه وعه وأبويه رضاعا وأم امرأته وبنتها
 وزوج بنته وامرأته وأبيه وابنه) لان الاملاك بينهم متميزة والايدي مختيزة ولا سطوة لبعضهم في مال
 البعض فلا تتحقق التهمة بخلاف شهادته لقرباه ولولاداً وأحد الزوجين للآخر على ما بينا قال رحمه الله
 (وأهل الاهواء الخطيائية) وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادة أهل الاهواء لانهم فسقة اذا فسق من
 حيث الاعتقاد أغلظ من الفسق من حيث التعاطي ولا شهادة للفاسق ولنا أن الفاسق لم يترد شهادته
 لتهمة الكذب والفسق من حيث الاعتقاد لا يدل على ذلك بل ما وقع فيه الاتدينه ألا ترى ان فيهم من
 يكفر بالذنوب وفيهم من يجعل منزلته بين الايمان والكفر فيكون هو أقوى اجتنابا عن الكذب حذرا عن
 الخروج من الدين ولانه مسلم عدل لا يتعاطى الكذب فوجب قبول شهادته قياسا على غير صاحب الهوى
 وهواء عن تأويل وتدين فلا تبطل عدالته به كمن يستبيح المثلث أو متروك التسمية واستدل بمجدرجه
 الله على قبول شهادته فقال رأيت ان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ساعدوا معاوية على مخالفة
 على رضى الله عنه ولو شهدوا بين يدي على أن كان يرد شهادتهم ومخالفة على بعد عثمان بدعة وهواء فكيف
 الخروج عليه بالسيف ولكن لما كان عنده تأويل وتدين لم يمنع قبول شهادته وشرط في الذخيرة
 لقبول شهادته أن يكون هوى لا يكفر به صاحبه وفي النهاية أن أصول أهل الهوى ستة الجبر والقدر
 والرفض والخروج والتشبيه والتعطيل ثم كل واحد يصير اثنتي عشرة فرقة والخطابية قوم من
 الروافض ينسبون إلى أبي الخطاب محمد بن وهب الابدع يستجيزون أن يشهدوا للمدعي إذا حلف عندهم
 أنه محق ويقولون المسلم لا يخلف كذا بابا عدة قتادهم هذا تمكنت شبهة في شهادتهم فقلعه أقدام على الشهادة
 بهذا الطريق وقيل إنهم يعتقدون ان من ادعى منهم شيأ على غيره يجب أن يشهد له ببقية شيعته وذكر
 الاقطع أنهم قوم ينسبون إلى أبي الخطاب رجل كان بالكوفة قتله عيسى بن موسى وصلبه بالكنداس
 لانه كان يزعم أن علي بن أبي طالب الاله الاكبر وجعفر الصادق الاله الاصغر قال رحمه الله (والذي على
 مثله) وقال الشافعي رحمه الله ومالك لا تقبل شهادة الذي على ذم مثله ولا على الحرب لانهم فسقة بين الله
 تعالى فسقهم في آيات من القرآن وهو أغلظ من الفسق تعاطيا فكان أولى رد شهادته ولان الله تعالى

محبوب أنفسهم بلا دليل شرعي أو عقلي فانهوى محبوب النفس من هوى الشيء إذا أحبه وقد مر في التعيين في باب أقسام السنة اهـ (قوله بالكنايس) كذا هو في نسخ هذا الشرح وتبعه على ذلك النكاح والذي في شرح الهداية للاتفاقى نقلا عن شرح الأقطع وصلبه بالكنايسة اهـ قال في معجم البلدان ليأقوت الكنايسة بالضم محلة بالكوفة ولم يذكر ياقوت الكنائس وقد وثقت على نسخته من شرح الأقطع معتمدة بخط شيخنا العلامة قاضي القضاة الغزي رحمه الله ونصها فهم يعني الخطابية قوم ينسبون إلى أبي الخطاب رجل كان بالكوفة قتله عيسى بن موسى وصلبه بالكنايسة اهـ (قوله في المتن والذي على مثله) انفق ملتما أو اختلف اهـ (قوله بين الله تعالى فسقهم في آيات من القرآن)

قال من ترضون من الشهداء والكافر غير مرضى ولأن شهادة الرقيق ترد لما أن الرق أثر الكفر فكيف
تقبل شهادة من به حقيقة الكفر ولأن قبول شهادته يؤدي إلى إلزام الحاكم القضاء بشهادته ولا يجوز
أن يلزم المسلم بشهادة الكافر ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم بالإجماع كي لا يلزمه شيء يتضرر به
بشهادة الكافر ولا تهم لا يجتنبون الكذب فإن الله تعالى أخبر عنهم أنهم ينكرون الآيات عند ادعاء
عليهم بأنه حق قال الله تعالى وجمدوا بها واستيقنتها أنفسهم ظلما وعلوا فكان ذلك كذباً منهم
والكذب لا تقبل شهادته فلم يكن أهلاً لها كالمترد ولأنه ليس بأهل للشهادة على المسلم فكذا على
الكافر كالعبد لأن من كان أهلاً له لا يختلف بين شخص وشخص وقال ابن أبي ليلى إن اتفقت ملتهم
تقبل شهادة بعضهم على بعض وإن اختلفت لا تقبل لقوله عليه الصلاة والسلام لا شهادة لأهل ملة على
أهل ملة أخرى إلا المسلمون فإن شهادتهم مقبولة على أهل الملل كلهم ولنا ما روى أنه عليه الصلاة
والسلام رجم يهوديين بشهادتهم وودع عليهم بالزنا وعن أبي موسى الأشعري وجابر بن عبد الله أنه عليه
الصلاة والسلام أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض وعليه إجماع السلف وقوله تعالى أو آخران
من غيركم أي من غير أهل دينكم وهو مبني على قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا فها هنا نص على أن شهادة
الكافر مقبولة في وصية المسلم وفي وصية الكافر أولى ثم انتسأخه في حق المسلم لأجل أن ولايتهم على
المسلمين انتسأخت لا يدل على انتسأخه في حق الكافر لبقاء ولاية بعضهم على بعض لقوله تعالى والذين
كفروا بعضهم أولياء بعض والمراد به الولاية بدون الموالاة لأنه معطوف على قوله تعالى ما ليكم من
ولايتهم من شيء فإذا بقيت ولاية بعضهم على بعض بقيت الشهادة أيضاً لأنواع ولاية ما فيها من الزام
الغير فدل ذلك على أن الولاية غير منسوخة في حقهم وكيف يقال ذلك وقد عمل بها بعض الصحابة في حق
المسلمين أيضاً فإن أبا موسى الأشعري رضي الله تعالى عنه أمضى شهادة الكافر بن في وصية المسلم فيما
رواه أبو داود والدارقطني وقالت عائشة رضي الله تعالى عنها لجابر بن نفيهر هل تقرأ سورة المائدة قال نعم
قالت فأنها آخر سورة أنزلت فما وجدتم فيها من حلال فأحلوه وما وجدتم فيها من حرام فحرموه رواه
أحمد فهذا يدل على أنها ليست بمنسوخة في حق المسلم أيضاً والفسق من حيث الاعتقاد لا يمنع
القبول لأنه يمتنع عن محظور دينه أشد الامتناع والكذب محظور في الأديان كلها والرضائية في
حق الكافر في حق المعاملات بصفة الأمانة لأن الله تعالى وصفهم بذلك فقال ومن أهل الكتاب من
أن تأمنه به ينظر أيؤتاه اليك فخرج الآية مخرج الوصف لهم بالأمانة والأمانة مرضية وإن لم يكن
الكافر مرضياً للكفره ولما كان مؤتمناً في المعاملات كان مؤتمناً في الشهادة لأنهم من أداء الأمانة
والفرق بينه وبين العبدان العبد ليس من أهل الولاية على أحد كالصبي والشهادة من باب الولاية
والكافر أهل للولاية على جنسه فيكون أهلاً للشهادة أيضاً على جنسه والقاضي لا يلزمه القضاء بقول
الكافر وأما لزمه بالتقليد عند قيام الحجج والقضاء أمانة عنده فيجب عليه أدائه كما يلزمه النظر للغيب
والصغار منهم ومن المسلمين من غير أن ينظر بأي سبب وجب لهم الحق وامتناعهم عن الكذب مشاهد
والعناد والجحود الذي حكى الله تعالى عنهم في حق من كان في ذلك الزمان مع علمهم لا يوجب أن يكون
من في عصرنا منهم أن يكون عالماً بالحق بل الظاهر أنه يعتقد الكفر حقاً لجهله به ولو علم لاسلم وقد
كان في ذلك الزمان أيضاً من لا يعلم ألا ترى إلى قوله تعالى ومنهم أميون لا يعلمون الكتاب إلا أماني وقال
تعالى وإن فريقاً منهم ليكتمون الحق وهم يعلمون وقولهم من كان أهلاً للشهادة لا يختلف بين شخص
وشخص قلنا إنما اختلفت شهادته بين المسلم والكافر لما ذكرنا ومثل هذا غير منكر شرعاً ألا ترى أن
شهادة المسلم على عدوه لا تقبل وعلى غيره تقبل وكذا شهادته لقرابته ولأدائه لا تقبل ولغيرهم تقبل فلا
يعد رد الشهادة بالنسبة إلى شخص للثمة فكذا هذا والمراد بالولاية له على أحد فلا تقبل شهادته على
أحد كالعبد والصبي وملل الكفر كاهل ملة واحدة فتقبل شهادة بعضهم على بعض وإن اختلفت مللهم

منها قوله في سورة النور ومن
كفر بعد ذلك فأولئك هم
الفاسيقون ولا تقبل شهادة
الفاسيق لقوله تعالى إن
جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا
(قوله وإن اختلفت لا تقبل)
كشهادة اليهودي على
النصراني وعكسه أه كمال
(قوله ولنا ما روى أنه عليه
الصلاة والسلام رجم
يهوديين الخ) قال الاتقاني
ولنا ما حدث الطحاوي في
شرح الآثار باسناده إلى
عاصم الشعبي عن جابر بن
عبد الله أن اليهود جاؤا إلى
رسول الله صلى الله عليه
وسلم برجل وامرأة منهم
زنيما فقال لهم رسول الله
صلى الله عليه وسلم اتشوني
بأربعة منكم يشهدون
فعل بذلك أن النبي صلى الله
عليه وسلم جاوز شهادتهم
عليهم اه (قوله والمترد
لا ولاية له على أحد) لأنه
لا دين له يقر عليه اه اتقاني

(قوله في المتن والحربي على مثله لأعلى الذمي) قال في الهداية لا تقبل شهادة الحربي على الذمي قال الكمال أراد به المستأمن لانه لا يتصور غيره فان الحربي لو دخل بلا أمان قهر استرق ولا شهادة للعبد على أحد اه (قوله والذمي أعلى حاله منه لانه من أهل دارنا) وقد قبل خلف الاسلام وهو الجزية حتى كان له وعليه مثل ما كان للمسلم وعليه اه انتقائي فهو أقرب الى الاسلام ولهذا يقتل المسلم بالذمي عندنا لا بالمستأمن اه كمال رحمه الله (قوله والحربي مثل الحربي) قال الانتقائي وتقبل شهادة المستأمنين بعضهم على بعض بشرط اتحاد الدار فاذا اختلفت فلا لارتفاع الولاية والعصمة ولهذا لا يجري النوارث عند اخلاف الدارين بخلاف أهل الذمة حيث تقبل شهادة بعضهم على بعض وان كان هذا روميا وذاك تركيا لانهم لما قبلوا الجزية صاروا من أهل ديارنا وكانت دارهم متحدة حكما قال الناصبي في تهذيب أدب القاضي فان أسلم المشهود وعليه قبل أن يقضى عليه بطلت الشهادة لان الوقضية القضاء لا تولا يجوز أن يقضى بشهادة كافر على مسلم واذا عرض ما يمنع القضاء بالشهادة قبل القضاء لم يقض به كالأورجع الشهود قبل القضاء فانه لا يقضى كذا هذا وان قضى عليه بشهادة الكافر ثم أسلم فالقضاء ماض ويؤخذ منه المال لان الشهادة تمت بالقضاء فطريان ما يبطل الشهادة لا يبطل القضاء كالأورجع الشهود بعد القضاء الا في الحدود والقصاص في النفس وفيما دون النفس فاني أدرك ذلك عنه لان الامضاء من القضاء في باب الحدود فاذا عرض ما يمنع قبل الاستيفاء لم يستوف الحد والقصاص اه (قوله وألم اذا أذنب) قال الانتقائي ألم أي ألم وهو دون الكبيرة من الذنوب كذا في تهذيب الدون اه (قوله وتقبل شهادته اذا اجتنب الكبار كلها وكانت حسنة أغلب الخ) قال في الهداية واذا كانت الحسنات أغلب من السيئات والرجل يجتنب الكبار قبلت شهادته وان ألم بعصية قال الكمال هذا هو معنى المروى عن أبي يوسف في حد العدالة وهو أحسن ما قيل وفيه قصور حيث (٢٢٥) لم يتعرض لامر المروى قبل اقتصر

على ما يتعلق بأمر المعاصي والمروى عن أبي يوسف هو قوله أن لا يأتي بكبيرة ولا يصغر على صغيرة ويكون ستره أكثر من هتكه وصوابه أكثر من خطئه ومروءته ظاهرة ويستعمل الصدق ويجتنب الكذب ديانة ومروءة هكذا انفله عنه القاضي أبو حازم حين سأله عبيد الله بن سليمان وزير

لان بعضهم ليس في قهر بعض فلا يؤدي الى التيقن عليه قال رحمه الله (والحربي على مثله لأعلى الذمي) لانه لا ولاية له على الذمي وله ولاية على الحربي والذمي أعلى حاله منه لانه من أهل دارنا فخارت شهادته عليه ولا تجوز شهادة الحربي على الذمي والحربي مثل الحربي فيجوز شهادة أحدهما على الآخر الا اذا كانا من دارين مختلفين كالأفريق والحبش لانقطاع الولاية بينهما ولهذا لا يتوارثان والدار تختلف باختلاف المنفعة والمال لانقطاع النصرة بينهما واستباحة كل واحد منهما مادم الآخر وماله قال رحمه الله (ومن ألم بصغيرة ان اجتنب الكبار) أي تقبل شهادة من عصى معصية صغيرة بشرط أن يجتنب الكبار واللم الصغيرة وألم اذا أذنب ما دون الفواحش وتقبل شهادته اذا اجتنب الكبار كلها وكانت حسنة أغلب من سيئاته وقدمضى ذكر الكبار والصغار في الكلام في العدالة والاصل ان العدالة شرط لقبول الشهادة وهي الاستقامة يقال طريق عدل للجادة والاستقامة بالاسلام واعتدال العقل ويعارض العقل هو بطله ويصد عنه الاستقامة وليس لكمال الاستقامة حد يدرك مدام ويكتفي لقبول الشهادة

(٢٩ - زيالي رابع) المعتضد عن العدالة فقال له أحسن ما نقل في هذا الباب مروى عن أبي يوسف يعقوب ابن ابراهيم الانصاري القاضي ثم ذكر ذلك وكان يكفيه أن يقول ومروءته ظاهرة وقول المصنف فأما الامام بعصية فلا تنقدح به العدالة تريد الصغيرة ولفظ الامام وألم اشتهر في الصغيرة ومنه قول أبي خراش وهو يسعي بين الصفا والمروة إن تغفر اللهم تغفر جانا * وأى عبيد ذلك لا الما

هكذا أورد القتيبي عنه بسنده ونسبه الخطابي الى أمية ونسبه صاحب الذخيرة اياه الى النبي صلى الله عليه وسلم غلط ولا بأس بذكر افراد نص عليهم امناء ترك الصلاة بالجماعة بعد كون الامام لا طعن عليه في دين ولا حال وان كان متأولا في تركها كأن يكون معتقدا فضيلة أول الوقت والامام يؤخر الصلاة وغير ذلك لا تسقط عدالته بالتارك وكذا ابتكر الجمعة من غير عذر فممن من أسقطها عمرة واحدة كالخلواني ومنهم من شرط ثلاث مرات والأول أوجه وذكر الاسيحي أن كل فوق الشيع سقطت عدالته عند الاكثر ولا بد من كونه من غير ارادة التقوى على صوم الغد أو مؤانسة الضيف وكذا من خرج لرؤية السلطان أو الامر عند قدومه ورد شهادة شيخ صالح لمحاسنة ابنه في النفقة في طريق مكة كأنه رأى منه تضيقا ومشاحة يشهد بالخجل وذكر الخصاص ان ركوب البحر للتجارة والتفرج يسقط العدالة وكذا التجارة الى أرض الكفار وقرى فارس ونحوها لانه محظور بدنه ونفسه لنيل المال فلا يؤمن أن يتكذب لأجل المال وترد شهادة من لم يحج اذا كان موسرا على قول من يراه على الفور وكذا من لم يؤدز كانه وبه أخذ الفقهاء أبو الليث وكل من شهد على اقرار باطل وكذا على فعل باطل مثل من يأخذ سوق الخاسين مقاطعة وأشهد على وثبة مشهودا قال المشايخ ان شهدوا حل بهم الطعن لانه شهادة على باطل فكيف هؤلاء الذين يشهدون عند مباشرى السلطان على ضمان الجهات والاجارات المضارة على المحبوسين عندهم والذين في ترسيهم اه ما قاله الكمال

(قوله في المتن والاعلاف الخ) وما عن ابن عباس أنه لا تقبل شهادته ولا تقبل صلاته ولا تؤكل ذبيحته إنما أراد به المجوس ألا ترى إلى قوله لا تؤكل ذبيحته اه كمال (٢٢٦) رحمه الله (قوله المذلة) الذي بخط الشارح لأنها تكون المذلة اه (قوله

بأدناه كى لا يؤذى إلى تضييع الحقوق وأدناه رجحان جهة الدين والعقل على الهوى والشهوة واختلفوا في ذلك فقليل من ارتكب كبيرة أو أصغر على صغيرة سقطت عدالته وصار متهما بالكذب اظهر رجحان جهة الهوى على العقل وأحسن ما قيل فيه ما نقل عن أبي يوسف رحمه الله أن العدل في الشهادة أن يكون محتجبا عن الكبر ولا يكون مصرا على الصغار ويكون صلاحه أكثر من فساد موثبه أكثر من خطئه لأن الصغيرة تكون كبيرة بالأصرار عليها ولا يؤتى بكلام من كثر منه الخطأ والفساد فلم يوجد ما يدل على الاجتناب عن الكذب واللبام من غير اصرار لا يقدح في العدالة ألا يوجد من البشر من هو معصوم سوى الأنبياء عليهم الصلاة والسلام فيؤدى اشتراط العصمة إلى استنباط الشهادة وهو مفتوح بقوله تعالى وكذلك جعلناكم أمة وسطا لتكفروا شهداء على الناس أى عدولا وقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدودا في قذف قال رحمه الله (والاعلاف) لا تطلق النصوص من غير تقييد بالختان ولأنه لا يحل بالعدالة هذا إذا تركه لعدو من كبر أو خوف هلاكه وإن تركه من غير عذر استخفافا بالدين لا تقبل شهادته لأنه لم يبق عدلا مع الاستخفاف بالدين وعن ابن عباس رضى الله عنهما أنه لا تقبل شهادته وهو محمول على ما إذا تركه استخفافا بالسنة ولم يقدر أبو حنيفة للختان وقته معلوما لأنه لم يرد فيه كتاب ولا سنة ولم ينقل فيه إجماع الصحابة رضى الله عنهم وطريق معرفة المقادير السماع وليس للرأى فيه مدخل وقدره المتأخرون واختلفوا في وقته فقال بعضهم وقته من سبع سنين إلى عشرين وقال بعضهم اليوم السابع من ولادته أو بعد السابع بعد أن يكون الصبي محملا ولا يلزم لما روى أن الحسن والحسين رضى الله عنهما اختنا في اليوم السابع أو بعد السابع ولكنه شاذ وهو سنة للرجال عند نادون النساء وقال بعض العلماء أنه فرض ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الختان للرجال سنة وللنساء مكروه قال الخلو في رحمه الله كان النساء مختنات في زمن أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وإنما كان ذلك مكروها لأنها تكون المذلة عند الموافقة قال رحمه الله (والخصى وولد الزنا والخنثى) لتحقيق العدالة منهم لأن قطع العضو أو زيادته أو خيانه أو بؤيه لا يوجب قدحا في العدالة وقبل عمر رضى الله عنه شهادة علقمة الخصى والخنثى أما رجل أو امرأة فشهادة الخنثى مقبولة ثم هو أن لم يكن مشكلا فلا إشكال فيه وإن كان مشكلا فيجعل امرأة في حق الشهادة احتسابا ما حتى لا يجوز أن يشهد مع رجل ما لم يضم إليه امرأة ولا مع النساء بلا رجل معهن قال رحمه الله (والعمال) المراد به عمال السلاطين الذين يأخذون الحقوق الواجبة كالخراج والجزية والصدقات عند عامة المشايخ وقيل هم الأمراء وقيل الذين يعملون بأيديهم ويؤجرون أنفسهم وأيا ما كانوا تقبل شهادتهم لأن نفس العمل ليس بفسق وبعض أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم بل كبراً وهم كانوا أعمالا لأن العمل عبادة وله الأجر على ذلك إلا إذا كانوا أعوانا على الظلم وقيل إذا كان العامل وجها في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته كما مر عن أبي يوسف رحمه الله في الناسق لأنه لها بئس لا يتجاسر أحد على استنباره على الشهادة الكاذبة ولو جاهدته لا يقدم على الكذب حفظ المروءة وروى أن فضل بن ربيع وزير الخليفة شهد عند أبي يوسف رحمه الله في حادثة فرد شهادته فشكاه إلى الخليفة فقال الخليفة أيها القاضي إن وزيرى رجل دين لا يشهد بالزور فلم رددت شهادته فقال لا في سمعته يوما قال الخليفة أنا بعدك فإن كان صادقا فلا شهادة للعبد وإن كان كاذبا فكذلك أيضا لأنه إذا كان لا يبالى بالكذب في مجلسك فلا يبالى بالكذب في مجلسى أيضا فعذره الخليفة فيه وفي الكافي هذا كان في زمانهم لأن الغالب عليهم الإصلاح وفي زماننا لا تقبل شهادة العمال لغلبة ظلمهم وذكر في النهاية معزيا إلى الجامع الصغير للبرزوى أن من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالفسط والعبدالة كان مأجورا وإن كان أصله من جهة باطلة

في المتن والخصى وولد الزنا قال الاتقاني رأيت في كتاب التفسير لاصحاب مالك قال ولا بأس بشهادة ولد الزنا إلا في الزنا وما أشبهه من الحدود فإنها لا تجوز فيه هذا لفظ كتاب التفسير ووجه ذلك أنه يريد أن يكون جميع الناس مثله وهذا ضعيف لأن كلامنا فيما إذا كان ولد الزنا عدلا والعدل لا يرضى بذلك اه (قوله ولا مع النساء بلا رجل معهن) وينبغي أن لا تقبل شهادته في الحدود والقصاص كالنساء لأنه يحتمل أن يكون امرأة وفي شهادته شبهة البدلية والحدود تدبر بالشبهات انتهى اتقاني (قوله في المتن والعمال) ذكر الامام قاضي خزان أراد به عامل السلطان الذي يعينه على أخذ الحقوق الواجبة شرعا أما الذي يعينه على أخذ الحرام لا تقبل شهادته انتهى وكتب ما نصه وذكر في الوقائع في باب الشهادات بعلامة السنين العمال للسلطان الذين يأخذون العشر والصدقات وغيرهما جازت شهادتهم إذا كانوا أمناء لأنهم إنما جعلوا على ذلك لأمانتهم

فالظاهر أنهم يحترزون من الكذب اه اتقاني (قوله ولو جاهدته لا يقدم على الكذب حفظ المروءة) فاما إذا كان ساقط المنزلة عند الناس أو مجازفا في كلامه لا تقبل شهادته اه كافي ثم

(قوله فعلى هذا ينبغي ان تقبل شهادة من قام بالتوزيع ولو كان مجازفا) الى هنا كلام الشارح وبعد هذا كتبت ملحقا وهو في كلامه من العمل لا تقبل شهادته هذا الملحق من كلام صاحب النهاية ولا يصح الكلام الابه (قوله وبائع الكفن قالوا لا تقبل شهادته) قال الوالو الجي رحمه الله في أثناء الفصل الثالث من أدب القاضي قالوا شهادة بائع الاكفان لا تجوز (٣٢٧) قال الشيخ الامام شمس الأئمة الخلواني

انما لا تجوز اذا ترصد لذلك العمل لانه حينئذ ينبغي الموت والطاعون اما اذا كان يبيع الثياب هكذا ويستري منه الكفن تجوز شهادته اه (قوله في المتن ولو شهدا أن أباهما) قال الكمال صورتهما رجل ادعى انه وصي فلان الميت فشهد بذلك اثنان موصي لهما بمال أو وارثان كذلك أو غريم لهما على الميت دين أو وليت عليهما مدين أو وصيان فالشهادة جائزة استحسانا والقياس أن لا تجوز لان شهادة هؤلاء تتضمن جلب نفع للشاهد أما الوارثان لقصد ههما نصب من يتصرف لهما ويربحهما ويقوم باحياء حقوقهما والغريمان الدائن والموصى لهما لوجود من يستوفيان منه والمدينون لوجود من يبرأ بالادفع اليه والوصيان من يعينهما في التصرف في المال والمطالبة وكل شهادة جرت نفعها لا تقبل (قوله وكذا اذا شهد الموصي لهما) يقال أوصى اليه أي جعله وصيا وأوصى له بكذا أي جعله موصى له اه اتفاقا

ثم قال فعلى هذا ينبغي أن تقبل شهادة من قام بالتوزيع ولو كان مجازفا وان كان المراد بالعمال أهل الحرف فقد ذكرنا حكمهم فيما تقدم وبائع الكفن قالوا لا تقبل شهادته لانه ينبغي كثرة الموت بالطاعون وغيره وفي النهاية شهادة البخيل لا تقبل فالظاهر أنه أراد به من يخجل بالواجبات كلز كافة ونفقة الزوجات والآقارب قال رحمه الله (والمتعق للمعتق) أي تقبل شهادة المعتق للذي أعنتقه وكذا بالعكس لعدم التهمة وقد بينا أن قنبر او الحسن شهدا على عند شريح فقبل شهادة قنبر وهو كان عتيق على رضى الله تعالى عنهم أجمعين قال رحمه الله (ولو شهدا أن أباهما أوصى اليه والوصى يدعى جازوا أن أنكر لا كمالا شهدا أن أباهما وكله بقبض دينه وادعى الوكيل أو أنكر) يعني اذا مات رجل وترك ابنين فادعى أن أباهما أوصى الى رجل والرجل يدعى الوصية جازت شهادتهما وان أنكر الرجل الوصية لا تقبل شهادتهما كما لا تجوز شهادتهما أن أباهما الغائب قد وكل هذا الرجل بقبض دينه سواء ادعى الرجل الوكالة أو أنكر والقياس أن لا تجوز الوصية أيضا وان ادعى وكذا اذا شهد الموصى اليهما وألهمما والغريمان لهما عليه دين أو عليهما له دين أنه أوصى الى هذا الرجل تجوز هذه الشهادة استحسانا والقياس أن لا تجوز لانها تجز منفعة الى الشاهد باقامة من يحفظ ماله أو من يستوفي منه أو من تبرأ ذمته بالتسليم اليه أو من يعينه بالقيام على الوصية والشهادة التي تجز منفعة لا تقبل فصار نظير مسئلة الوكالة وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصى اذا كان الوصى طالبا وكان الموت معروفا فيكفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين وزكاه بشهادتهما ما انزلوا لشهادتهما كان يتأمل فيمن يعين وفيمن يصلح فيعين من ثبت صلاحيته نظر الميت وان لم يوص لانه نصب ناظر اقل ثبت بهذه الشهادة شيء لم يكن له فعله ونظيرهما القرعة فانها ليست بموجبة شيء لم يكن له لولا القرعة ومع هذا جاز استعمالها تطيبا للقلوب ونفيا للتهمة عن القاضي ولا يقال اذا كان للميت وصيان لا يحتاج القاضي الى وصى ثالث فكيف يصح ما قلتم لانا نقول اذا أقر الوصيان أن معهما ثالثا كان له أن يضم اليهما ثالثا يحجزهما عن القيام بأمر الميت باقرارهما أن معهما ثالثا بخلاف ما اذا كان الوصى واحدا لان القاضي لا يملك اجبارا أحد على قبول الوصية وبخلاف ما اذا لم يكن الموت ظاهرا لانه حينئذ لا يملك القاضي نصب الوصى الا بهذه البينة فتصير الشهادة موجبة على القاضي فتبطل بمعنى التهمة وهو جرح المنفعة الى الشاهد على ما بينا وبخلاف مسئلة الوكالة وهي ما اذا أقام شخصان البينة أن أباهما الغائب وكل فلا يقبض حقوقه حيث لا تقبل وان أقر الوكيل بذلك لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت لثبت بشهادتهما وهي غير موجبة لاجل التهمة فبطلت وفي الكافي في الغريين للميت عليهم مدين تقبل شهادتهما وان لم يكن الموت ظاهرا لانهم ما يقران على أنفسهم ما بثبوت ولاية القبض للشهود له فانتفت التهمة وثبت موت رب الدين باقرارهما في حقهما وقيل معنى القبول أن يأمرهما القاضي بأداء ما عليهما اليه لأن يبرأ عن الدين بهذا الاداء لان استيناء الدين منهما حق عليهما فيقبل في حقه والبراءة حق لهما فلا تقبل في حقهما قال رحمه الله (ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح) أي على جرح مجرد من غير أن يتضمن إيجاب حق من حقوق الشرع أو من حقوق العباد لان الفسق المجرد لا يدخل تحت الحكم لان الفاسق يرفع فسقه بالتوبة واهله قد تاب في مجلسه أو قبله فلا يتحقق الإلزام ولا فيه هتك السترواشاعة الفاحشة من غير ضرورة وهو حرام والمضرورة جائز على ما بين

(قوله تجوز هذه الشهادة استحسانا) وهذا اذا كان الموت ظاهرا فان لم يكن ظاهرا لا تقبل شهادة هؤلاء الا الغريين للميت عليهم مدين فان شهادتهما تقبل وان لم يكن الموت معروفا اه اتفاقا (قوله فكيف يصح ما قلتم) قلت انهم ما شهدا أن الميت أوصى الى هذا الرجل الثالث فقد أقر أن لاحق لهما في التصرف ما لم يكن معهما ثالث فلو رد شهادتهما لا احتاج الى نصب وصى آخر حتى يتصرف معهما فلا يكون لذلك الشهادة فائدة اه غايه (قوله جائز على ما بين) قاله يافاسق ثم أراد أن يثبت فسقه بالبينة ليدفع التعزيز عن نفسه لا تسمع بينته

ولا يقال فيه ضرورة وهو منع الظالم عن الظلم فينبغي أن يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام انصر أحالة
الظالم أو المظلوم لا نقول لضرورة إلى هذه الشهادة لتسكنه من الأخبار للقاضي سراجي بردهم ما
فأمكن الامتناع عن الظلم بذلك أما إذا كان الجرح غير مجرد بان كان فيه إثبات حق الله تعالى كقولهم ما
زفوا أو شربوا الخمر أو سرقوا أو كان فيه إثبات حق العبد كقولهم ما أخذوا المال أو قتلوا النفس عمدا
فقبل شهادتهم ضرورة أحياء الحقوق وإن كان فيه عتق لأن مقصودهما إيجاب حق الله تعالى وهو الحد
أو إيجاب حق العبد وتوضيح أن يدخل تحت الحكم وفي ضمنه يثبت الجرح وكذا إذا قال صاحب الشهود
بكذا من المال على أن لا يشهدوا على بهذا الباطل وقد شهدوا على به وأقام على ذلك بينة وطلب استرداد
المال تقبل بينته وكذا إذا قال أعطاهم المدي من مالى الذى كان عنده حتى يشهدوا به بالزور وطلب
استرداده تقبل لأن دعواه صحيحة لمسا فيه من إيجاب رد المال على الشهود وهو ما يدخل تحت الحكم حتى
لو قال صاحبهم بكذا من المال على أن لا يشهدوا على ولم يدفع اليهم المال أو قال استأجرهم المدي بكذا من
المال على أن يشهدوا له لا تقبل لأن الدعوى غير صحيحة إذ المدي مجرد جرح لأنه لم يدع قبله حقا يمكن
القضاء به ودعوى الاستتجار وإن كانت صحيحة لكنه يدعي الغرر وليس له ولا له الزام غيره ففكان جرحا
مجردا ولو أقام البينة على إقرار المدي أن الشهود فسقة تقبل بينته لأنه إقرار بأنه لاحق له في المعنى وكذا إذا
أقام البينة على إقراره أنه استأجر الشهود أو على إقرار الشهود أنهم لم يحضروا المجلس الذى كان فيه الحق
وكذا إذا أقام البينة أن الشهود عبيد أو محدودون في قذف لأن في العبيد إثبات الحق عليهم وهو الرق وفي
غيره ليس فيه إشاعة الفاحشة من عندهم وإنما حكموا بإظهار فاحشة من غيرهم وذكرى الكافي أنه لو أقام
البينة على إقرار الشهود أنهم شهدوا بالزور أو على إقرارهم أنهم أجروا في أداء هذه الشهادة أو على إقرارهم
أن المدي مبطل في هذه الدعوى أو على إقرارهم أنهم لا شهادة لهم على المدي عليه في هذه الخاتمة لم تقبل
الشهادة وقيل أنه إذا أقام البينة أن الشهود زناة أو شريرة شجر لا تقبل ولو أقام البينة أنهم زفوا أو شربوا الخمر
أو شربوا الخمر أو سرقوا مئى كذا ولم يتقدم العهد تقبل شهادتهم قيده بكونه غير متقدم لأنه لو كان متقدما
لا تقبل لعدم إثبات الحق به لأن الشهادة مجردة عدم مردودة وما ذكره الخفاف من قوله أن الشهادة على
الجرح المجرد مقبولة تأويله إذا أقامها على إقرار المدي بذلك أو على التزكية وعلى هذا ما ذكره في الكافي
وغيره من أن الشهود لو شهدوا أن الشهود زناة أو شريرة شجر لم تقبل وإن شهدوا أنهم زفوا أو شربوا الخمر أو
سرقوا تقبل بحمل الأول على أنه إذا كان متقدما والأفلا فرق بين قولهم زناة أو زفوا الخ قال رحمه الله
(ومن شهد ولم يبرح حتى قال أو همت بعض شهادتي تقبل لوعده لا) قوله أو همت أى أخطأت بذكر زيادة
كانت باطلا أو بنسبها بعض ما كان يجب على ذكره لأن الشاهد قد يتلى بالغلط لهابة مجلس القاضي
فوضع العذر فقبل شهادته إذا تداركه في أوله وهو عدل فإن قال ذلك بعد ما أقام عن المجلس لا تقبل
شهادته بخلافه فإنه عزه أحد الخصمين بالرشوة ثم قيل يقضى بجميع ما شهد به أولا حتى لو شهد بألف ثم قال
غاطت في خمسة يقضى بالالف لأن المشهود به أولا صار حقا للمدعى ووجب على القاضي القضاء به فلا
يبطل برجوعه وقيل يقضى بما بقى لأن ما حدث بعد الشهادة قبل القضاء كدونه عند الشهادة واليه مال
شمس الأئمة السر خشي رحمه الله هذا إذا كان موضع شبهة كما بينا إذا لم يكن موضع شبهة فلا بأس بإعادة
الكلام مثله أن يدع لفظ الشهادة أو اسم المدعى أو المدي عليه أو يترك الإشارة إلى أحد الخصمين وما
يجرى مجراه وإن أقام عن المجلس بعد أن يكون عدلا مؤمنا وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن
قوله يقبل في غير المجلس في الكل والاول هو الظاهر وذكرى النهاية أن الشاهد إذا قال أو همت في الزيادة
أو في النقصان يقبل قوله إذا كان عدلا ولا يتفاوت بين أن يكون قبل القضاء أو بعده رواه الحسن عن أبي
حنيفة وبشر عن أبي يوسف وعلى هذا الوقوع الغلط في ذكر بعض حدود العقار وفي بعض النسب ثم تذكر
بعد ذلك تقبل لأنه قد يتلى به في مجلس القضاء فذكره ذلك للقاضي دليل على صدقه واحتياطه في الأمور

لأن الشهادة على مجرد
الجرح والفسق لا تقبل
بجملها ما إذا قال له يازانى
ثم أثبت زنا بينه تقبل لأنه
متعلق الحد أه قنية في
الحدود (قوله في المتن حتى
قال أو همت) قال في المغرب
ووهم في الحساب غلط من
باب لبس وأوهم فيه مثله
ومنه قوله فإن قال أو همت
أو أخطأت أو نسيت وفي
حديث على رضي الله عنه
قال الشاهدان أو همتا إنما
السارق هذا يروى وهمنا
وأوهم في الحساب مائة أى
أسقط وأوهم من صلاته
ركعة وفي الحديث أنه صلى
الله عليه وسلم صلى وأوهم
في صلاته فقبل له كأنك
أوهمت في صلاتك اه

باب الاختلاف في الشهادة

الاختلاف في الشهادة خلاف الأصل بل الأصل الاتفاق لأن الأصل فيما يفرع عن جهة واحدة ذلك والشهادة كذلك لأنها تفرع إما عن رؤية كما في الغصب والقتل أو سماع باقرار وغيره والشاهدان متساويان في ادراك ذلك فيبشرون فيما يؤيدان فلذا أخره عمال يذكرون فيه خلاف اه كمال رحمه الله (قوله في المتن الشهادة ان وافقت الدعوى قبلت) بان كانت في ألف قرص وشهدا بألف قرص اه ع (قوله والا) أي وان لم يوافق الشهادة الدعوى بأن كانت في ألف قرص وشهدا بألف ثمن متاع اه ع (قوله لان تقدم الدعوى في حق العبد شرط لقبول الشهادة) أي لأنها لا تثبت حقه فلا بد من طلبه وهو الدعوى وقد وجد الدعوى فيما يوافقها أي يوافق الشهادة فوجد شرط قبولها فتقبل وانعدمت فيما يخالفها فانها لم توافقها صارت الدعوى لشيء آخر وشرط قبول الشهادة تقدم الدعوى واعلم أن ليس المراد من الموافقة المطابقة بل إما المطابقة أو كون المشهود به أقل من المدعى به بخلاف ما إذا كان أكثر فن الأقل ما لو ادعى نكاح امرأة بسبب أنه تزوجها بغير كذا فشهدوا أنها منكوحته بلا زيادة تقبل ويقضى به المثل ان كان قدر ما سماه أو أقل فان زاد عليه لا يقضى بالزيادة كذا في غير نسخة من الخلاصة والظاهر أنه انما يستقيم إذا كانت (٢٢٩) هي المدعية ومنه إذا ادعى ملكا مطلقا أو بالتساج فشهدوا

في الاول بالملك بسبب وفي الثاني بالملك المطلق قبلنا لان الملك بسبب أقل من المطلق لانه يقيدها الأولية على الاحتمال والتساج على اليقين وفي قلبه وهو دعوى المطلق فشهدوا بالتساج لا تقبل ومن الأكثر ما لو ادعى الملك بسبب فشهدوا بالمطلق لا تقبل الا اذا كان السبب الارث لان دعوى الارث كدعوى المطلق هذا هو المشهور وقيل به في الاضية بما اذا نسبته الى معروف سماه ونسبته أمال وجهه فقال اشترته أو قال من رجل أوزيد وهو غير معروف فشهدوا

باب الاختلاف في الشهادة

قال رحمه الله (الشهادة ان وافقت الدعوى قبلت والا) لان تقدم الدعوى في حق العبد شرط لقبول الشهادة لان القاضي انما نصب لفصل الخصومات بين الخصوم وفصله يقتصر الى سبق أحد التدين بعد الدعوى اما الشهادة أو اليمين وقد وجد تقدم الدعوى فيما اذا وافقت الشهادة الدعوى فأمكن الفصل بالشهادة ولم يوجد فيما اذا خالفها فلم يمكن الفصل بينهما وهذا لان الشهادة لاجل تصديق الدعوى فإذا خالفها فقد كذبها والدعوى الكاذبة لا يعتبر وجودها فانعدم الشرط وهو تقدم الدعوى فلا يحكم بها بخلاف حقوق الله تعالى لان الدعوى فيها ليست بشرط لان إقامة حقوق الله تعالى واجبة على كل أحد فكان كل واحد خصما في اثباته فصار كأن الدعوى موجودة ولأنه تعالى لما أمر بإقامتها كان طالبها قائم يقيم الاقامتها وفي حقوق العباد لا بد من طلبها بالدعوى اذ لا يعرف القاضي حقوقهم ولا يجبرهم على استيفائها قال رحمه الله (ادعى دارا رثا أو شرا فشهدا بملك مطلق لغت) أي لا تقبل بينته لأنها ما شهدا بأكثر مما ادعاه المدعي لأنه ادعى ملكا حادثا وهو ما شهدا بملك قديم وهو ما يحتلثان فان المطلق يثبت من الأصل حتى يستحق المدعي زوائده ولا كذلك في الملك الحادث وترجع الباعة بعضهم على بعض فيه فصارا غيرين والتوفيق متمدن لان الحادث لا يتصور أن يصير قديما ولا القديم حادثا فلا تقبل الشهادة قال رحمه الله (وبعكسه لا) أي بعكس ما مضى وهو ما اذا ادعى ملكا مطلقا فشهدا بملك بسبب معين لا تكون لغوا بل تقبل الشهادة لانهم شهدوا بأقل مما ادعى وذلك لا يمنع قبول الشهادة قال رحمه الله (ويعتبر اتفاق الشاهدین لفظا ومعنى) لان القضاء لا يجوز الا بحجة وهي شهادة المثنى فيالم يتفقافيا شهدا به لا تثبت الحجة مطلقة او الموافقة المطلقة باللفظ والمعنى وهذا عند أي خيفة رحمه الله وقالوا الاتفاق في المعنى هو الاعتبار لا غير والمراد بالاتفاق في اللفظ تطابق اللفظين على إعادة المعنى بطريق الوضع

بالمطلق قبلت فهي خلافة ذكر اختلاف في القبول رشيد الدين وهذا اختلافا فيا اذا تحمل الشهادة على ملك بسبب وأراد أن يشهد بالمطلق لم يذكر في شيء من الكتب واختلف المشايخ فيه والاصح لايحل له قلت وكيف وفيه أيضا ابطال حقه فانها لا تقبل فيما لو ادعاه بسبب اه كمال (قوله فاذا خالفتم فشهدا كذبها) أي كذبت الشهادة الدعوى اه وكتب ما نصه فنسب الكذب الى الدعوى لا الى الشهادة لان الأصل في الشهود العدالة دون المدعي اذ هي شرط فيهم دون اه من خط الشارح رحمه الله (قوله بخلاف حقوق الله تعالى لان الدعوى فيها ليست بشرط) قال الكمال وانما قيد الاشتراط بحقوق العباد احتراماً عن حقوق الله تعالى فان دعوى مدع خاص غير الشاهد ليس بشرط لقبول الشهادة لان حقه تعالى واجب على كل أحد القيام في اثباته وذلك الشاهد من جملة من عليه ذلك فكان قائما في الخصومة من جهة الوجوب عليه وشاهد من جهة تحمل ذلك فلم ينجح فيها الى خصم آخر اه (قوله في المتن ادعى دارا رثا أو شرا فشهدا بملك مطلق) يعني من غير ذكر سبب اه ع (قوله والمراد بالاتفاق في اللفظ تطابق اللفظين على إعادة المعنى) أي سواء كان بعين ذلك اللفظ أو بغيره حتى لو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالعطية قبلت اه كمال وقوله إعادة هو بالعين في خط الشارح وكذا هو في الدراية وفي الكافي إعادة بالقاء اه

(قوله لا بطريق التضمن) فلو شهد أحدهما بألف والآخر بالالفين لم تقبل فلم يقض بشئ عند أبي حنيفة وعندهما تقبل على الألف إذا كان المدعى يدعي الألفين بخلاف ما إذا كان يدعي ألفاً لا يقضي بشئ اتفاقاً لأنه كذب شاهد الألفين الآن وفقه فقال كان لي عليه ألفان فقضاني ألفاً وأبرأته من ألف والشاهد لا يعلم بذلك يقضي له بالألف اهـ كمال (قوله وعلى هذا الخلاف المائة والمائتان والطفقة والطائفتان أو الثلاث) لا يقضي بطلاق أصلاً عنده وعندهما بما يقضي بالأقل قال الكمال رحمه الله وهذا في دعوى الدين أما في دعوى العين بأن كان في كيس ألف درهم فشهد أحدهما أن جميع ما في الكيس له وهو ألف درهم والآخر أن نصف ما فيه له وهو ألف درهم قبلت شهادتهما لأن ذلك كمال المقدار في المشار إليه مستغنى عنه ذكره الخبازي وبقولهما قال الشافعي وأجدي نسخ الرائد بالخلف عليه اهـ (قوله فصار كما إذا شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة والمدعى يدعي ألفاً والخمسمائة) أو شهد أحدهما بطفقة والآخر بطفقة ونصف اهـ اتفاقاً (قوله بخلاف ما إذا ادعى الأقل حيث لا يثبت شئ) أي اتفاقاً اهـ كمال (قوله ألا ترى أنه لو شهد أحدهما) هذا الفرع ذكره الشارح رحمه الله في كتاب الطلاق في فصل المشيئة وذكر الحكم فيه كجاءنا فاعلم ذلك وراجع اهـ وكتب أيضاً ما نصه قال الكمال فإن قيل يشك على قوله ما لو ادعى ألفين فشهد بألف تقبل بالاتفاق مع عدم المطابقة بين الشهادة والدعوى وهي شرط وعلى قول الكل ما لو شهد أحدهما أنه قال لها أنت خلية والآخر أنت برة لا يقضي بينونة أصلاً مع أفادتهما معاً البيونة وتقدم أن اختلاف اللفظ وحده غير ضار كما لو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالعطية تقبل أحجب عن الأول بأن الاتفاق بين الدعوى والشهادة وإن اشترط لكن ليس على (٢٣٠) وزان اتفاقه بين المشاهدين ألا ترى أنه لو ادعى الغصب أو القتل فشهدوا على

لا بطريق التضمن حتى لو ادعى رجل مائة درهم فشهد شاهد درهم وأخر بدرهمين وأخر بثلاثة وآخر بأربعة وآخر بخمسة لم تقبل عند أبي حنيفة رحمه الله لعدم الموافقة لفظاً وعندهما يقضي بأربعة وكذا أن شهد أحدهما بألف والآخر بالالفين لم تقبل عنده وعندهما تقبل على الألف إذا كان المدعى يدعي الألفين وعلى هذا الخلاف المائة والمائتان والطفقة والطائفتان أو الثلاث لهما أهم اتفاقاً على الأقل وتفرد أحدهما بالزيادة فيثبت ما اتفقا عليه لوجود الحجّة دون ما تفرّد به أحدهما لعدمها وذلك ليس باختلاف ألا ترى أن المدعى لو ادعى أكثر وشهد بالأقل تقبل ولو كان اختلافاً لما قبلت لأن شرط القبول أن يوافق البينة الدعوى فصار كما إذا شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة والمدعى يدعي ألفاً والخمسمائة بخلاف ما إذا ادعى الأقل حيث لا يثبت شئ لأن المدعى كذب من يشهد بالزيادة وبشهادة الفرد لا يثبت الحق ولا يبيح حنيفة رحمه الله أن اختلاف اللفظ يدل على اختلاف المعنى لأن لفظ الواحد غير لفظ الاثنين ولفظ الألف غير لفظ الألفين ولهذا لا يرد أحدهما الآخر ولم يثبت واحد من اللفظين لأنه لم يشهد على كل واحد منهما إلا الواحد ولا يقال إن الألف موجود في الألفين لأننا نقول نعم موجود فيه إذا ثبت الألفان ثبت الألف ضمنهما فإذ لم يثبت المتضمن لا يثبت المتضمن ألا ترى أنه لو شهد أحدهما أنه

أقراره به تقبل ولو شهد أحدهما بالغصب والآخر على أقراره به لا تقبل وحيثئذ فقد حصلت الموافقة بين الدعوى والشهادة فإنه لما كان يدعي ألفين كان مدعي الألف وقد شهد به اثنتان صريحاً فيقبل بخلاف شهادتهما بالألف والألفين لم ينص شاهد الألفين على الألف الأمن حيث هي ألفان ولم تثبت الألفان وأما عن

الثاني فمنع الترادف لأن معنى خلية ليس معنى برة لغة والوقوع ليس بالأباعتبار معنى اللغة ولما قلنا أن الكنايات قال عوامل بحقائقها فهم اللفظان متباينان المعنيين متباينين غير أن المعنيين المذكورين المتباينين يلزمهما لازم واحد هو وقوع البيونة والمتباينان قد تشتركا في لازم واحد فاختلافهما ما يثبت في اللفظ والمعنى فلما اختلف المعنى منهما كان دليل اختلاف لفظهما فأن هذا يقول ما وقعت البيونة الأبو صفها بخلية والآخر لم تقع الأبو صفها ببرة والألف لم تقع البيونة اهـ ما قاله الكمال رحمه الله تعالى وكتب أيضاً ما نصه قال الكمال واعلم أن من المسائل المذكورة في أوقاف الخصاص ما يخالف أصل أبي حنيفة ذكرها ولم يذكر خلافه أشار إلى أنها اتفاقية فإنه ذكر فيما إذا شهد أحدهما أنه جعلها صدقة موقوفة أبداً على أن يزيد ثلث غلتها وشهد الآخر أن يزيد نصفه قال أجعل زيد ثلث غلتها الذي أجمع عليه والباقي للساكنين وكذا إذا سمي أحدهما مالا لزيد من هذه الصدقة والآخر أقل منه أحكم زيد بما أجمع عليه وكذا إذا شهد أحدهما أنه قال يعطى لزيد من غلة هذا الوقف في كل سنة ما يسعه ويسع عياله بالمعروف وقال الآخر يعطى ألفاً قال أفتر نفقته وعياله في العام فإن كانت أكثر من ألف حكمت له بالألف أو الألف أكثر أعطيته نفقته والباقي للساكنين هذا بعد أن أدخل الكسوة في النفقة ثم أورد على نفسه فقال قلت فلم أجز هذه الشهادة وقد اختلفا في لفظهما قال المعنى فيه أنه إنما أراد الواف أن يزيد بعض هذه الغلة فأجعل له الأقل اهـ فأراد هذا السؤال هو الذي ذكرته أنه أشار إلى أنها اتفاقية فإن أراد ليس بالأباعتبار قول أبي حنيفة قوله وقد اختلف لفظهما صريح فيه ثم قال هذا استحسان والقياس أن الشهادة باطلة اهـ وحاصله أنا علمنا استحقاقه وترددنا بين أقل وأكثر فيثبت المتيقن اهـ

(قوله قال لامرأته أنت خلية الخ) قال قاضيان في فتاواه ولو شهد أحدهما أنه قال لها أنت خلية وشهد الآخر أنه قال لها أنت برة لا تقبل عند الكل لانهم اختلفوا في لفظه الايقاع وان كان معنى اللفظين واحدا اه قال الولوالجي في كتاب الدعوى ولو شهد أحدهما أنه قال لامرأته أنت خلية وشهد الآخر أنه قال برة لا تقبل شهدتهم ما وان اتفقا على اثبات الحرمة لانهم اختلفوا في اللفظ والمعنى لان معنى البراءة الفراغ عقيب الشغل ومعنى الخلو الفراغ المطلق فاذا اختلف اللفظ ومعنى لا يثبت المشهود به فلا يثبت حكمه وهو الحرمة اه (قوله لا يقع شيء) أي على قول الكل (قوله وان اتفق اللفظان في المعنى) أي وهو اثبات الحرمة اه (قوله بخلاف الدعوى والبيئة حتى لا يشترط الخ) قال الاتقاني ثم المعتبر في الاتفاق بين الشهادة والدعوى فوجه الاتفاق هو الاتفاق (٢٣٩) في المعنى لا من حيث اللفظ ألا ترى

أن المدعي يقول أدعى كذا والشاهد يقول أشهد بكذا ولا اتفاق بينهما من حيث اللفظ فاذا عرفت هذا فاعرف أن كل موضع يمكن التوفيق بين الشهادة والدعوى فالشهادة لم تبطل واذ لم يمكن بطلت قال في الفصل الخامس في الفصول وذكر في باب اختلاف الشهادات من شهادات الجامع وليس الاختلاف بين الشاهدين بمنزلة الاختلاف بين الدعوى والشهادة لأن شهادتي الشاهدين ينبغي أن تكون كل واحدة منهما مطابقة للأخرى في اللفظ (١) والابووجب اختلاف المعنى أما المطابقة بين الشهادة والدعوى فينبغي أن تكون في المعنى خاصة ولا عبرة اللفظ اه (قوله الآن يوفق) أي ومالم يوفق صريح لا يقضي بشيء ولا يكتفي احتمال التوفيق في الاصح بخلاف

قال لامرأته أنت خلية وشهد الآخر أنه قال برة لا يقع شيء وان اتفق اللفظان في المعنى لعدم ثبوت واحد منهما فعمل بذلك ان اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى شرط القبول بخلاف الدعوى والبيئة حتى لا يشترط اتفاقهما في اللفظ ألا ترى أن المدعي لو ادعى الغصب أو القتل فشهد باقرار المدعي علمه بذلك تقبل ولو شهد أحدهما بالغصب أو القتل والآخر بالاقرار به لا تقبل وبخلاف الالف وخمسائة لأن الشاهدين اتفقا على الالف لفظا ومعنى وتفرّد أحدهما بالزيادة على سبيل العطف والمعطوف غير المعطوف عليه فيثبت ما اتفقا عليه ونظيره الطلقة والطلقة ونصف والمائة والمائة والخمسون بخلاف العشرة وخمسة عشر حيث لا تقبل لأنه مركب كالالفين اذ ليس بينهما حرف العطف ولم يدع المدعي الاكثر فشهداته من شهد بالأكثر باطله لأنه كذب المدعي بالزيادة إلا أن يوفق فيقول أصل حتى كان كما قال الأبي استوفيت الزائد أو أرى أنه عنه فثبتت تقبل في الأقل لظهور التوفيق وفي النهاية ان كانت المخالفة بينهما في اللفظ دون المعنى تقبل شهادته وذلك نحو أن يشهد أحدهما على الهبة والآخر على العطية وهذا لان اللفظ ليس بمقصود في الشهادة بل المقصود ما تضمنه اللفظ وهو ما صار اللفظ علما عليه فاذا وجدت الموافقة في ذلك لاتضر المخالفة فيما سواها هكذا ذكره ولم يحك فيه خلافا وكذا اذا شهد أحدهما بالنكاح والآخر بالتزويج تقبل شهادتهما ذكره في المحيط ولم يحك فيه خلافا قال رحمه الله (فان شهد أحدهما بألف والآخر بالفين لم تقبل) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما تقبل بناء على أن المعتبر في الاتفاق في اللفظ والمعنى عنده وعندهما في المعنى لا غير وقد بينا الوجه من الجانبين والذي يبطل مذهبهما أن الشاهدين لو شهدا بتطابقة وشهد آخران بثلاث تطليقات وتفرق القاضي بينهما قبل الدخول ثم رجعا وكان ضمان نصف الصداق على شاهدي الثلاث دون شاهدي الواحدة ولو كان كما قالان الواحدة توجد في الثلاث لكان الضمان عليهم جميعا ولا يلزم ما اذا قال لها طلق نفسك ثلاثا فطلقت واحدة حيث تقع واحدة لان ذلك لكون الثلاث صار في يدها فلهما أن توقع كلها أو بعضها ولا يلزم ما اذا طلقها الزوج ألقا حيث تقع الثلاث لانه يتصرف عن ملكة فله أن يوقع أي عدد شاء لأنه لا ينفذ الا بقدر المحل قال رحمه الله (وان شهد الآخر بألف وخمسائة والمدعي يدعي ذلك قبلت على الالف) يعني فيما اذا شهد أحدهما بألف وشهد الآخر بألف وخمسائة تقبل شهادتهما بألف اذا كان المدعي يدعي الالف وخمسائة لاتفاقهما بالالف وتفرّد أحدهما بخمسائة بخلاف ما اذا كان يدعي الالف فقط حيث لا تقبل شهادتهما لان المدعي كذب من شهد بالزيادة على ما بينا من قبيل وهذا كله فيما اذا ادعى ديناً وأما اذا ادعى العقد فلا تقبل الشهادة على ما يجي عن بعد قال رحمه الله (ولو شهد بألف وقال أحدهما

ما اذا قال ما كان الا الالف لانه اكداب صريح لا يحتمل التوفيق فلا يقضي بشيء اه كمال رحمه الله (قوله وعندهما تقبل) على الالف اذا كان المدعي يدعي الالفين اه (قوله والذي يبطل مذهبهما الخ) قال الكمال وفي المبسوط والاسرار الذي يبطل مذهبهما وذكروا كره الشارح رحمه الله (قوله لو شهدا بتطابقة) يعني قبل الدخول اه كمال (قوله حيث تقع واحدة) لان التفويض عليك فقدم ملكها الثلاث بالتفويض اليها فيها والمالك يوجد من مملوكه ما شاء اه فتح (قوله في المتن وان شهد الآخر بألف وخمسائة والمدعي يدعي ذلك قبلت على الالف) بالاتفاق عندهما ظاهراً وعنده لانهم شهدا على الالف لفظاً ومعنى وانفردا أحدهما بالشهادة بمجمل أخرى منصوص على خصوص كبتها لا بدح في الشهادة بالالف كما لو شهد أحدهما بألف درهم ومائة دينار وهو يدعيهما اه كمال رحمه الله (قوله فلا تقبل الشهادة على ما يجي عن بعد) في قوله ومن شهد لرجل أنه اشترى عبد فلان الخ اه

(قوله وعن أبي يوسف الخ) أي في غير المشهور عنه اه كمال (قوله وهو المعتبر عنده على ما مر) وجواب ما قلنا يعني قوله لا تنفقا هما عليه يعني فبعد ثبوت الألف باتفاقهما شهادتهما واحدة بقوط خمسمائة فلا تقبل بخلاف ما لو شهد بألف فقال أحدهما الله قضاء ما ياها بعد قرضه فإنه يقضى بالكل على قول الكل وقال أبو يوسف لا يقبل شهادة شاهد القضاء وكذا قول زفر كقول أبي يوسف في هذه الرواية لأنه كذاب من المذبح فهو كالمفسد وجه الظاهر ما قدمنا من أنهم اتفقا ونفرد أحدهما الخ ولا يلزم من الكذب التفسيق لجواز كونه تغليباً له اه كمال رحمه الله (قوله ثم انفرد الآخر بالقضاء فلا تسمع) قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير إذا علم أحد الشاهدين بالقضاء لا ينبغي له أن يشهد على القرض لأنه إذا علم أن (٢٣٢) المستقرض قد قضاها فقد علم أن المذبح الذي يغبر حق فلا ينبغي له أن يشهد على دعواه

قضاء منها خمسمائة تقبل بألف ولم يسمع أنه قضاء إلا أن يشهد معه آخر) لانهما اتفقا على وجوب الألف فتقبل وانفرد أحدهما بقضاء النصف فلا تقبل لعدم كمال النصاب ولا يكون بقوله قضاء خمسمائة مناقضاً لشهادته بألف لان قضاء الدين طريقه المقاصصة معناه ان الدائن يجب عليه ما قبض فلا ينافي بقاء دينه فلا يكون كاذباً ولا يقال ان المذبح كذب شاهده بالقضاء فينبغي أن لا يقبل كما إذا شهد بألف وخمسمائة والمذبح يدعي ألفاً لا نأقول لم يكذب فيما شهد به وإنما كذب فيما شهد عليه وذلك لا يقدح كما إذا شهد له اثنان بحق ثم شهدا عليه بحق لانسان آخر فإن شهادتهما لا تطل وإن كذبهما فكذا هذا بخلاف ما استشهد به لان التكذيب فيه فيما شهد له فيكون قادماً وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يقضى بخمسمائة فقط لان مضمون شهادة شاهد القضاء أن الدين الاخمسمائة في المذبح وهو المعتبر عنده على ما مر وينبغي أن يكون قول محمد كذلك لان مذهب في اعتبار المذبح كذهب أبي يوسف لكنه خافه لانه لم يشهد له بخمس المائة ابتداء بل اتفق الشاهدان على وجوب الألف عليه للمذبح ثم انفرد الآخر بالقضاء فلا يسمع قال رحمه الله (وينبغي أن لا يشهد حتى يقر المذبح بما قبض) يعني يجب عليه أن لا يشهد بألف كلها إذا علم انه قضاء منها خمسمائة حتى يقر المذبح أنه قبض خمسمائة كيلا يصير معينا على الظلم قال رحمه الله (ولو شهد بقرض ألف وشهد أحدهما أنه قضاها جازت الشهادة على القرض) لتسام الخجة في القرض وعدمها في القضاء وذكر الطحاوي عن بعض أصحابنا أنه لا يقضى به القاضي وهو قول زفر رحمه الله لان في زعم أحد الشاهدين انه لا شيء له عليه من المال ولو قضى لكان قضاء بشهادة الواحد وهو غير جائز ولان المذبح كذب شاهد القضاء والاشبه أن يكون هذا قول أبي يوسف رحمه الله على ما ذكرنا في المسئلة الاولى اذ لا فرق بين المسئلةين الا من حيث ان أحد الشاهدين شهد بقضاء كل الدين في هتمة وفي الاولى بقضاء البعض والجواب ما ذكرنا في الاولى واذا اختلف الشاهدان في الزمان أو المكان في البيع والشراء والطلاق والعق والوكالة والوصية والرهن والدين والقرض والبواء والكنالة والحوالة والقذف تقبل واذا اختلفا في الجنابة والغصب والقتل والنكاح لا تقبل والاصل أن المذبح ودينه كان قولاً كالبيع وشخوه فاختلف الشاهدان فيه في المكان أو الزمان لا يمنع قبول الشهادة لان القول مما يعاد ويكرر وان كان المشهود به فعلاً كالغصب أو قولاً لاكن الفعل فيه شرط صحته كالنكاح فإنه قول وحضور الشاهدين في فعل وهو شرط فاختلفا في الزمان أو المكان يمنع القبول لان الفعل في زمان أو مكان غير الفعل في زمان أو مكان آخر فاختلفا في المشهود به ثم قال أبو يوسف ومحمد رحمه الله اذا اختلف شاهد القذف في زمانه أو مكانه لا تقبل وان كان قولاً لاكن كل واحد منهما ان كان انشأهما غيران وليس على كل قذف شاهدان وان كان أحدهما انشأه والاخر اخباراً فهم لا يتفقان

وهو يعلم أنه ادعى بغبر حق لان فيه اعانة على الاتم والعدوان اه اتفاني (قوله في المتن وينبغي أن لا يشهد الخ) قال الكمال قال القدوري وينبغي للشاهد إذا علم بذلك أي بقضاء الخمسمائة أن لا يشهد حتى يعترف المذبح بقبضها لانه لو شهد فاما بالألف ثم يقول قضاء منها خمسمائة وعات أنه يقضى فيها بألف فيضيع حق المذبح عليه وأما بخمسمائة فيثبت اختلافهما ان شهد أحدهما بألف والاخر بخمسمائة وفيه لا تقبل الشهادة أصلاً على قول أبي حنيفة فيضيع حق المذبح قالوجه أن لا يشهد الذي عرف القضاء حتى يعترف المذبح بالقدر الذي سقط عن المذبح عليه والمراد من لفظ لا ينبغي لا يحل نص عليه في جامع أبي الليث ومن هذا النوع رجل أقر عند قوم لفلان عليه كذا فبعد

مدة جاهر جلان أو أكثر الى القوم فقالوا لا تشهدوا على فلان بذلك الدين فإنه قضاء كله الشهود بالخيار ان شاءوا لان امتنعوا من الشهادة وان شاءوا أخبروا الحاكم بشهادة الذين أخبروهم بالقضاء فان كان المخبرون عدولاً لا يقضى القاضي بالمال هذا قول الفقيه أبي جعفر وأبي نصر محمد بن سلام ولو شهد عندهم واحد لا يسمعهم أن يدعوا الشهادة وكذا إذا حضر رابع رجل أو نكاحه أو قتله فبا أرادوا الشهادة شهد عندهم بطلاق الزوج لا بنا أو قال عينا امرأه أرضعتهما أو أعتق العبد قبل أن يبيعه أو فاعنه الولي ان كان واحداً شهدوا أو اثنين لا يسمعهم أن يشهدوا وكذا لو رأى عينا في يد رجل يتصرف فيها تصرف المالك فأراد أن يشهد بالملك فأخبره عدلان أن المالك الثاني لا يجوز أن يشهد بالملك الاول ولو أخبره أنه بأعه من ذي اليد أنه يشهد بجمع علم ولا يلتفت الى قولهما اه

(قوله في المتن ولو شهد أنه قتل زيد يوم النحر عكة وآخر أن أنه قتل يوم النحر عصر) افظة يوم النحر ليست في خط الشارح وهو ثابت في نسخ المتن اه (قوله ترد الطائفتان) فلا يقتل المشهود عليه بالقتل اه (قوله ثم شهدت الأخرى لا تقبل) وحينئذ فيه قتل المشهود عليه اه (قوله لان لاوى ترجت باتصال القضاء بها) فانه حين قضى بالاولى ولا معارض لها الا ذلك لا يتغير الحكم الشرعي الذي ثبت شرعا بحدوث معارض اه كمال (قوله ثم وقع تحريمه على طهارة الآخر لا يجوز له الصلاة فيه) ولا تبطل صلاته في الاول لانه ثبت بتحريمه الاول حكم شرعي هو الصحة بعد الوجوب فيه فلا يؤثر التحريم الثاني في رفعه اه فتح (قوله في المتن ولو شهد بسرقة بقره الخ) هذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة في (٢٣٣) شاهدان شهدا جميعا على أنه سرق بقره

واختلفا في لو شهدا قال أحدهما الشهادة وأقطعاه وقال أبو يوسف ومحمد لا نحبز الشهادة ولا نقطعاه ولو شهدا أحدهما أنه سرق بقره وشهد الآخر أنه سرق ثورا فالشهادة باطلة في قولهم جميعا الى هنا لفظ محمد رحمه الله اه اتقاني (قوله في المتن واختلفا في لو شهدا قطع) قال الكمال صورتهما ادعى على رجل أنه سرق له بقره ولم يذكر لها لونا وأقام بيته فشهد واحد بسرقة جراء والآخر سوداء قال أبو حنيفة تقبل وبه قطع وقالاهما والأئمة الثلاثة لا يقطع ولو أن المسروق منه عين لونا (١)

فقال أحدهما سوداء لا يقطع اجماعا لانه كذب أحد شاهديه وعلى هذا الخلاف المذكور لو ادعى سرقة ثوب مطلقا فقال أحدهما هروى والآخر مروى ولو اختلفا في الزمان والمكان لم تقبل اجماعا لما ذكرنا في الفرق بين السرقة

لان الانشاء أن يقول زني أو أنت زان والاختبار أن يقول قد فنتك بالزنا وأبو حنيفة رحمه الله يقول يحتمل أن يكون أحدهما سمع الانشاء والآخر سمع الاقرار به وبثبت عنده قد فنتك بما شاهدان به قال رحمه الله (ولو شهدا أنه قتل زيد يوم النحر عكة وآخر أن أنه قتل يوم النحر عصر ردتا) يعني طائفتين كل واحدة منهما نصاب الشهادة اجتماعا عند الحاكم وشهدا على نحو ما ذكره ترد الطائفتان لان احدهما كاذب يبين وليست احدهما بأولى بالقبول من الأخرى وهذا لان القتل من باب الفعل والفعل الواحد لا يتكرر لان الاول حركت انقراض لكونه عرضا لا يبقى زمانين والثاني حركت آخر غير الاول بحديثه الله تعالى في ذلك المحل ولا يمكن أن يجعل الثاني اخبارا عن الاول حتى يصير تكرار الاول واعادته لان الاخبار عن الفعل بالفعل لا يتصور فكانا غيرين حقيقة وحكما بخلاف القول لان القول يحكى بالقول فيكون الثاني عين الاول حكما وكذا لو اختلفا في الزمان أو الأكلة التي وقع بها القتل لا تقبل لما بينا قال رحمه الله (فان قضى باحدهما أو لا بطلت الأخرى) يعني لو قضى القاضي بوجوب القصاص بشهادة الطائفة الاولى ثم شهدت الأخرى لا تقبل لان الاولى ترجت باتصال القضاء بها فلا ينتقض بالثانية وهذا لان الحكم بأنه قتل بمكة صار ذلك حكما بأنه لم يقتل في غيرها اذ قتل شخص واحد في مكانين لا يتصور فصار نظيره لو كان مع رجل ثوبان أحدهما نجس فتحرى وصلى في أحدهما ثم وقع تحريمه على طهارة الآخر لا يجوز له الصلاة فيه لان الاول اتصل بحكم الشرع فلا ينتقض بوقوع التحريم في الآخر قال رحمه الله (ولو شهدا بسرقة بقره واختلفا في لونهما قطع بخلاف الذي كورة والأثوثة والغصب) يعني لو شهدا شاهدان على سرقة بقره واختلفا في لون البقرة بأن أحدهما سرق بقره بيضاء وقال الآخر بقره سوداء تقبل شهادتهما وتقطع يده بخلاف ما إذا قال أحدهما سرق ذكر والآخر قال أنني أو اختلفا في لون البقرة في الغصب حيث لا تقبل شهادتهما فيهما وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالاهما الله لا تقبل شهادتهما في السرقة أيضا لان البقرة البيضاء غير السوداء فكانا سرقتين مختلفتين ولم يتم على فعل واحد نصاب الشهادة فلم يثبت وصار كاختلافهما في الذكورة والأثوثة وكاختلافهما في اللون في الغصب بل أولى لان الدائم بالغصب ضمان لا يسقط بالشهادتين والثابت بالسرقة حذيقط بهما فصار نظير اختلافهما في قيمتهما وله أنهما اختلفا فيما لم يكلفا نقله لان القطع لا يضاف الى اثبات الوصف فصار كاختلافهما في ثياب السارق ألا ترى انهما لو سكتا عن بيان اللون حازت شهادتهما بخلاف بيان القيمة لان ذلك من نفس الشهادة حتى يعلم أنها تبلغ نصابا ولان التوفيق يمكن لان السرقة تكون في اليا في غالبها ويكون العمل فيهما من بعد في تشابه عليهما اللونان أو يجتمعان في بقره واحدة بأن كان أحدهما بيضا والآخر سودا فيشهد كل عارأى أو عاوقع عنده بخلاف وصف الذكورة

(٣٠ - زبلي رابع) والغصب بقليل تأمل اه (قوله وكاختلفا فيهما في اللون في الغصب) فانهم لو شهدا على غصب بقره فقال أحدهما سوداء والآخر بيضاء لم تقبل مع أنه لا يتضمن قبولها اثبات حد فلا أن لا يقبل فيما يوجب حدا أولى لان الحد أعسر اثباتا فانه لا يثبت بشهادة النسأ أو ما زاد من أنه لا يثبت بأقل من أربعة فليس بمافية الكلام من السرقة بل يخص الزنا اه فتح (قوله بخلاف وصف الذكورة الخ) قال الاتقاني وبخلاف اختلافهما في الذكورة والأثوثة لان التوفيق ليس يمكن لان اجتماعهما أو تشابههما لا يكون في حيوان واحدة عادة ولان الشاهدان يكلفان بيان الذكورة والأثوثة لان القيمة تختلف باختلافهما فكان اختلافهما فيهما

(١) قوله عين لونا يرض بعده في الاصل كما ترى فارجع الى النسخ الصحيحة كتبه مصححه

في نفس الشهادة اه (قوله ذكره في المبسوط) أي قاضيان في شرح الجامع الصغير اه اتقاني (قوله في المتن ومن شهد رجل الخ) قال الاتقاني وهذه ثمانية مسائل البيع والاجارة والكفاية والخلع والعق على مال والصلى عن دم العمد والنكاح والرهن ثم كل واحد منها على وجهين إما أن يدعى هذا وينكر الآخر أو يدعى الآخر وينكر هذا اه وقد ذكرها صاحب الهداية وذكر في الكنز منها أربعة البيع والكفاية والخلع والنكاح وذكر الشارح رحمه الله الأربعة الباقية اه وكتب مانصه قال الاتقاني وكان الانسب للوضع أن يذكر هذه المسئلة بعد قوله وان شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة قبلت الشهادة على الألف لأن تلك المسئلة في دعوى المال وهذه في دعوى العقد اه وكتب أيضا مانصه (٢٣٤) قوله ومن شهد رجل الخ قال الكمال صورته على ما في الجامع في الرجل يدعى على

والأثوة لأنهم الاجتماع في بقره واحدة وكذا الوقوف على تلك الصفة يكون بالقرب فلا يشبهه فيكونان سرقتين مختلفتين فلم يتم في كل واحد منهما نصاب الشهادة وبخلاف الغصب لأن التحمل فيه بالنهار لأن الغصب يقع بالنهار وهو يقرب منه غالباً فلا يشبهه عليه الحال فتكون الشهادة على تحقيق وتأمل أتم كنهه من ذلك فلا يشبهه عليه فان قيل في التوفيق احتمال لايجاب الحد وهو محال لدرئ لا لايجابه قلنا القطع لا يضاف الى اثبات الوصف لأنهم ما لم يكلفوا نقله على ما بينا وما يوجب الدرئ يكون في نفس الموجب لا في غيره فان قيل على هذا تكون البقرة المسروقة بقاء والمشهد بسرقة التماساً أبيضاء وسوداء ولم يقل واحد منهما إنما بقاء فتكون غير هاضرة قلنا نعم ولكن ذلك في حق من يعرف اللونين أما في حق من لا يعرف إلا أحدهما ففي عنده على ذلك اللون قسمها ببيضاء أو سوداء بناء على ما شاهد من مواضعها وهذا الخلاف فيما إذا كان المدعى يدعى بقره مطلقاً من غير تقييد بوصف وأما إذا ادعى سرقة بقره سوداء أو ببيضاء لا تقبل شهادته ما بالاجماع لأن المدعى كذب أحدهما وقيل هذا في لونين متشابهين كالسود والحمره وأما في لونين غير متشابهين كالسود والبيض لا تقبل الشهادة والاصح أن الكل على الخلاف ذكره في المبسوط وعلى هذا الخلاف فيما إذا اختلفا في ثوب بأن قال أحدهما هروى وقال الآخر مروى وان اختلفا في الزمان أو المكان لم تقبل الشهادة وقد بيناه من قبل قال رحمه الله (ومن شهد رجل أنه اشترى عبداً فلان بألف وشهد آخر بألف وخمسمائة بطلت الشهادة) لأن المقصود اثبات السبب وهو العقد فالبيع بألف غير البيع بألف وخمسمائة فاختلاف المشهود به لاختلاف الثمن فلم يتم النصاب على واحد منهما ولأن المدعى يكذب أحد شاهديه وكذا إذا كان المدعى هو البائع ولا فرق بين أن يكون المدعى أقل المالين أو أكثرهما لما بينا من أن المقصود اثبات السبب على معنى أنه الاصل والحكم ثبت تبعاً لثبوته وان كان الحكم هو المقصود حقيقة ففي حق الانتفاع والسبب وسهولة اليسه لكن مقصوده وهو الحكم لا يحصل إلا به فكان في اثباته اثبات الحكم إلا يمكن اثبات الحكم الا بسبب معين وذكر علماء الدين السمرقندي رحمه الله أن الشهادة تقبل لأن التوفيق ممكن لأن الشراء الواحد قد يكون بألف ثم يصير بألف وخمسمائة بأن يشتره بألف ثم يزيد عليه خمسمائة فقف اتفاقاً على شراء واحد ولو اختلفا في الجنس بأن شهد أحدهما بأنه اشتراه بألف درهم وشهد الآخر أنه اشتراه بمائة دينار بطلت لعدم مكان التوفيق لأن الشراء الواحد لا يتصور أن يكون بألف درهم ثم يصير بمائة دينار قال رحمه الله (وكذا الكتابة والخلع) أي إذا اختلفا في مقدار البذل فيه ما لا تقبل شهادتهما لما ذكرنا أن المقصود اثبات السبب وهذا إذا كان المدعى هو العبد فظاهر لأنه يدعى السبب ليحصل له مقصوده وهو العتق بالاداء فصار نظير الشراء وان كان المدعى هو المولى فكذلك لأن العتق لا يثبت قبل الاداء فكان

رجل أنه باعه هذا العبد بألف وخمسمائة فينكر البائع البيع فيقيم عليه شاهداً بألف وشاهدًا بألف وخمسمائة قال يعني بأحقيقة هذا باطل إلى آخر ما هنالك فقد يظن أن هذا يناقض ما تقدم من أن الشاهدين إذا اختلفا فشهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة والمدعى يدعى ألفاً وخمسمائة قضى بالألف بالاتفاق بين الثلاثة وهنا لا يقبل شيء ولو كان المدعى يدعى ألفاً وخمسمائة بيباعه هو أن ذلك فيما إذا ادعى ديناً فقط والمقصود هنا دعوى العقد ألا ترى إلى قوله في الجامع فينكر البائع البيع ولأنه لو كان المقصود الدين لم يحتج إلى ذكر السبب وان كان المدعى به البيع فالبيع يختلف باختلاف الثمن لأن الثمن من أركانه والمركب الذي ببعض أجزائه مقداره خاص غير مثله عقداً أكثر منه ولم يتم على أحدهما

نصاب شهادة فلا يثبت البيع أصلاً اه فتح (قوله وكذا إذا كان المدعى هو البائع) بأن ادعى أنه باعه بألف وخمسمائة فأنكر المقصود المشتري الشراء فأقام الشاهدين كذلك اه فتح (قوله ولا فرق بين أن يكون المدعى أقل المالين أو أكثرهما) ولا فرق بين أن يكون المدعى هو البائع أو المشتري اه فإرى الهداية (قوله لما بينا) أي من اختلافهما في المشهود به والنكاح من المدعى اه فتح (قوله وذكر علماء الدين السمرقندي أن الشهادة تقبل) قال الكمال وفي الفوائد الظهيرية عن السيد الامام الشهيد السمرقندي تقبل الخ اه (قوله ثم يصير بمائة دينار) قال الكمال وقال بعض المحققين من الشارحين فيه نوع تأمل اه (قوله وان كان المدعى هو المولى فكذلك) لأن دعوى السيد لمال على عبده لا يصح إذا دعى له على عبده لا بواسطة دعوى الكتابة فينصرف انكار العبد إليه العلم بأنه لا يتصور له عليه دين إلا به

والشهادة ليست الا بآياتها اه كمال (قوله وكذا الصلح عن دم العبد والعنق الخ) قال الكمال بعد ذكره من المسائل الثمانية مسألة البيع والكتابة الثالثة والرابعة والخامسة الخلع والعنق على مال والصلح عن دم العبدان كان المدعى هو المرأة في الخلع والعنق والقتل في الصلح عن دم العبدان المقصود اثبات العقد لانه هو الذي يفيدهما الخلاص وهو مقصودهم وان كانت دعوى من الجانب الآخر وهو الزوج والمولى وولى القليل فهو بمنزلة الدين فيما ذكرنا من الوجوه وهو انه اذا ادعى أكثر المالكين فشهادة شاهد واحد والاخر بالاقول ان كان الاكثر يعطف مثل ألف وخمسمائة قضى بالاقول اتفاقا وان كان يدونه كالألف والالفين فيكذلك عندهما وعند أي حنفية لا يقضى بشيء وهذا لانه ثبت العفو والعنق والطلاق باعتراف صاحب الحق فلم تبقى الدعوى الا في الدين اه وكتب أيضا قال الانتقائي فأما اذا وقعت الدعوى في الطلاق أو في الخلع على مال أو العنق على مال أو الصلح عن دم العبد على مال فإن كان المدعى هو الزوج أو المولى أو ولى القصاص فهذا دعوى المال وان كان المدعى هي المرأة أو القاتل أو العبد فهذا دعوى عقد لا تقبل بالأجماع اه (قوله وفي الرهن ان كان المدعى هو المرتهن الخ) فان قيل الرهن لا يثبت الا بايجاب وقبول فكان كسائر العقود فينبغي (٣٣٥) أن يكون اختلاف الشاهدين في قدر

المال كالختلافهما فيه في البيع والشراء أحيب بان الرهن غير لازم في حق المرتهن فان له أن يرد متى شاء بخلاف الراهن ليس له ذلك فكان الاعتبار دعوى الدين في جانب المرتهن اذ الرهن لا يكون الا بالدين فتقبل بينته في ثبوت الدين فيثبت الرهن بالف ضمنا وتبعاً للدين ولا شك أن دعوى المرتهن ان كان مثلاً هكذا أطلبه بالف وخمسمائة على رهن له عندي فليس المقصود الا المال وذكر الرهن زيادة اذ لا يشوق بتوقف ثبوت دينه عليه بخلاف دين الثمن في البيع وان كان هكذا أطلبه بأعاده رهن كذا وكذا كان رهنه

المقصود اثبات السبب وهذا لان البدل في ابتداء العقد مقابل ذلك الجور ثم ينتقل عند أداء المال فيه صير مقابلاً بالعنق فقبل الادعاء بمنزلة الاجارة فكان مقصوده اثبات العقد وقيل ان كان المدعى هو المولى لا تفيد بينته لان العقد غير لازم في حق العبد اه كنه من الفسخ بالتبجيز والمراد بالخلع اذا كانت المرأة هي المدعية للخلع لان مقصودها اثبات السبب دون المال فلا يثبت مع اختلاف فهم فيه فصار نظير البيع بخلاف دعوى الدين لان المقصود فيه المال دون السبب فيثبت قدر ما اتفقا عليه دون ما تفرده أحدهما وان كان المدعى هو الزوج يقع الطلاق باقراره فيكون بمنزلة دعوى الدين فيثبت أقلهما وهو الذي اتفقا عليه لتمام نصاب الشهادة فيه وكذا الصلح عن دم العبد والعنق على مال فإن كان المدعى هو العبد أو القاتل لا تقبل شهادتهم لان مقصود العبد والقاتل العقد دون المال فلا يثبت لما ذكرنا من الاختلاف فيه وان كان المدعى هو المولى أو ولى يثبت العفو والعنق باقرارهما فيكون دعوى الدين فتقبل شهادتهما فيما اتفقا عليه على نحو ما ذكرنا في الخلع وفي الرهن ان كان المدعى هو المرتهن فهو كدعوى الدين يثبت أقلهما لما ذكرنا وان كان المدعى هو الراهن فلا تقبل الشهادة لانه ليس له ان يلزمه الرهن اذ الرهن غير لازم في حق المرتهن وله أن يقضيه أي وقت شاء فلا فائدة في إقامة البينة ولانه حق عليه والانسان لا يقيم البينة على حق عليه وانما يقيها على حق له وصورة دعوى الرهن أن يدعى انه رهنه ألف وخمسمائة وادعى انه قبضه ثم أخذه الراهن فيطلب الاسترداد منه فأقيم بينة فشهد أحدهما بالف والاخر بالف وخمسمائة يثبت أقلهما وفي الاجارة ان كان قبل استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فهي نظير البيع فلا تقبل شهادتهم لما ذكرنا في البيع وان كان بعدم مضى المدة فهي كالدين يثبت ما اتفقا عليه ان كان المدعى يدعي الاكثر وان كان يدعي الاقل لا تقبل شهادة من شهد بالاكثر لانه كذبه المدعى وكذا في جميع هذه الصور لما بينا في الدين قال رحمه الله (فأما النكاح فيصح بالف) يعني بأقل المالكين وهذا عند أي حنفية رحمه الله سواء كان الدعوى من الزوج أو من المرأة وسواء ادعى الاقل أو الاكثر وقال أبو يوسف

عندي على كذا ثم غصبه أو سرقه مثلاً فلا شك أن هذا دعوى العقد فاختلاف الشاهدين في أنه رهنه بالف أو ألف وخمسمائة وان كان زيادة يوجب أن لا يقضى بشيء لان عقد الرهن يختلف به اه كمال (قوله وان كان المدعى هو الراهن فلا تقبل الشهادة) أي بشيء أصلاً لان قبولها بناء على صحة الدعوى ولم تصح لانه أي الراهن لا حظ له في الرهن أي لا يقدر على استرداده مادام الدين قائماً فلا فائدة لهذه الدعوى فلم تصح اه فتح (قوله وفي الاجارة ان كان الخ) قال الكمال رحمه الله والسابعة الاجارة ان كان في أول المدة فهو كالبيع بان ادعى المستأجر أو الأجر أنه آجره هذه الدار سنة بالف وخمسمائة فشهد واحد كذلك وأخر بالف لا تثبت الاجارة كالبيع اذ قبل استيفاء المنفعة لا يستحق بدل فكان المقصود اثبات العقد وهو يختلف باختلاف البدل فلا تثبت الاجارة فان كان بعدم مضى استوفى المنفعة أو لم يستوف بعد أن تسلم فإن كان المدعى هو المؤجر فهي دعوى المال فان شهد أحدهما بالف والاخر بالف وخمسمائة وهو يدعي الاكثر يقضى بالف اذ ليس المقصود بعد المدة الا الاجر وان شهد الاخر بالفين والمدعى يدعيهما الا يقضى بشيء عند وعندهما بالف وان كان المدعى هو المستأجر فهو دعوى العقد بالاجماع لانه معترف بما لا يجارة فيقضى عليه بما اعترف به فلا يعتبرا اتفاق الشاهدين أو اختلافهما فيه ولا يثبت العقد للاختلاف اه

(قوله ولا يقضى بشئ) أى لا يقضى بالنكاح اه قارئ الهداية (قوله ولأن المال فى النكاح تابع) ألا ترى أنه ينعقد النكاح بلا تسعبة المهر وعلك النكاح من لأعمال التصرف فى المال كالأخ والم وقدا تنق الشاهدان على الأصل وهو ملك البضع فيقضى بذلك ولا ينظر إلى الاختلاف فى النفع وهو المال اه اتقانى (٣٣٣) (قوله وما وقع فيه الاختلاف وهو المال يقضى بالأقل) لا اتفاقهما عليه وحينئذ يلزم بالضرورة القضاء بالنكاح

ومحمد رحمه الله تبطل الشهادة ولا يقضى بشئ لأن المقصود من الجانبين إثبات السبب والنكاح بألف غير النكاح بألف وخمسائة فتبطل الشهادة كفى البيع سواء كان الزوج هو المدعى أو المرأة هى المدعية لا مناع ثبوت النكاح باقرار أحدهما بخلاف العتق على مال والخلع والعفو عن دم العمد حيث يكون دعوى الدين إذا كان المدعى هو الزوج والمولى والولى لأنه باقراره يسقط النصاص ويقع الطلاق والعتق فسبق دعوى المال المجرد عن السبب ولاى خنيفة رجه الله أن التسمية فى النكاح كما تصح عند العقد تصح بعده فانه لو تزوجها ولم يسم لها مهر أو سمى لها مهر أصحت التسمية وأصح التسمية لا يحتاج إلى إنشاء العقد وإنما يحتاج إلى قيامه وقيامه تارة يكون حالة الابتداء وتارة يكون حالة البقاء فلم يلزم من اختلاف التسميتين اختلاف العقد لأن التسمية وجدت فى حالة البقاء ولا يتصور وجود العقد فى حالة البقاء والبيئة على التسمية فى حال يستحيل العقد لا تكون بيئة على العقد بل على التسمية المجردة فكان الثابت بشهادتهم ما المال حال بقاء النكاح فيثبت ما اتفقا عليه كالدين فحاصل القضية ان شهادتهم لم تقم الا على المال حال بقاء النكاح فيثبت بها التسمية وبقاء النكاح لا غير ولأن المال فى النكاح تابع والأصل فيه الحل والازدواج والملك ومن حكم التبعية أن لا يغير الأصل ولهذا لا يبطل بنفيه ولا يفسد بفساده فكذلك لا يختلف باختلافه فبقى العقد سالم من الاختلاف فلم يقع فيه الاختلاف وهو المال يقضى بالأقل منهما ما كفى الدين وقبل الخلاف فيما إذا كانت المرأة هى المدعية يجعل أبو خنيفة مقصودها المثل فيخرج رجه على ما ينشأوهما يجعلان مقصودها العقد لما بينهما وأما إذا كان المدعى هو الزوج فمقصودها العقد لا المال فلا تقبل بينته بالاجماع لأن العقد بألف غير العقد بألف وخمسائة على ما ينشأ والأول هو الأصح وقد ينشأ وجهه وهو استحسان ويستوى فيه دعوى أقل المالكين وأكثرهما فى الصحيح لاتفاقهما فى الأصل وهو العقد والاختلاف فى التبعية لا يوجب خلافا فيه لكنه لا بد من وجوب المال فيجب الأقل لاتفاقهما عليه ولا يكون بدعى الأقل تكذيبا للشاهد لجواز أن الأقل هو المسمى ثم صار أكثر بالزيادة قال رجه الله (وملك المورث لم يقض لوارثه بالجزأ إلا أن يشهد بملكه أو يده أو يد مستعيره وقت الموت) يعنى إذا ثبت شئ أنه ملك المورث بأن ادعى الوارث عيناً فى يد انسان أنهم ميراث أبيه وأقام شاهدين فشهدا أن هذه كانت لأبيه لا يقضى له حتى يحجز الميراث فيقول مات وتر كهاميرائه أو يقول كانت لأبيه يوم موته أو كانت فى يده أو فى يد من يقوم مقامه من المستعير وغيره والأصل فيه أن الجزأ شرط وهو أن يقول الشاهد مات وتر كهاميرائه والله ولكن إذا ثبت ملكه أو يده عند الموت كان جزأ لأنه أثبت ملكه أو أن الانتقال إلى الوارث فيثبت الانتقال ضرورة فيكون اثباتاً للانتقال وكذلك إذا أثبت يده عند الموت لأن يده ان كانت يده ملك فهو على ما ينشأ وان كانت يد أمانة فكذلك الحكم لأن الأيدى فى الامانات عند الموت تنقلب يده ملك بواسطة الضمان اذا مات مجتهداً لتركه الحفظ والمضمون بملكه الضامن على ما عرف فيكون اثبات اليد فى ذلك الوقت اثباتاً للملك واثبات يده من يقوم مقامه كالمودع والمستعير والمستأجر والمرتهن والغاصب وغيرهم اثبات ليده فيغنى اثبات الملك وقت الموت عن ذكر الجزأ فاكتمى به عنه وهذا عند أبى حنيفة ومحمد رحمه الله وقال أبو يوسف رجه الله الجزأ ليس بشرط بل إذا ثبت الوارث أن العين كانت للمورث يكفي لأن ملك الميت قد ثبت بقول الشهود كانت له وملك الوارث خلافة عنه ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه به وبصير مغروراً فيما اشتراه المورث فيكون ملك الوارث

بالنم بالضرورة القضاء بالنكاح بالان فان هذا الوجه يقضى الصحة بالأقل بلا تفصيل اه كمال (قوله كفى الدين) بخلاف البيع لأن البذل ثمة أصل كالمبيع ولهذا لا يصح بدون ذكر الثمن فكان ذلك دعوى العقد اه اتقانى (قوله وأما إذا كان المدعى هو الزوج فمقصود العقد) إذا الزوج لا يدعى عليه ما لا اه فتح (قوله فى المتن وملك المورث الخ) ترجمه فى الهداية بفصل الشهادة على الارث قال الاتقانى لما ذكر الشهادة التى تتعلق بحال الحياة شرع فى الشهادة المتعلقة بحال المات لأن الموت يتلو الحياة فناسب وضع ما يتعلق بالموت عقب ذلك اه (قوله فى المتن لم يقض لوارثه بالجزأ) أى من الشهود بأن يحجز الميراث فيقول مات وتر كهاميرائه اه ع (قوله فى المتن إلا أن يشهد بملكه) من هنا إلى قوله فى باب الوكالة فتعين البر لا دخار عند قوله وبشراء طعام مخضرم من نسخة الشارح رجه الله (قوله فى المتن أو يده أو يد مستعيره) كذا هنا والذى شرح عليه العيني رحمه الله

الأن يشهد بملكه أو يده أو يد مودعه أو يد مستعيره اه (قوله وكذا إذا أثبت يده عند الموت) لأن اليد وان تنوعت عين إلى يد غصب وأمانة وملك فأنما عند الموت من غير بيان تصير يده ملك لما عرف أن كلام الغاصب والمودع اذا مات مجتهداً بصير الموصوب والوديعة ملكه لصيرورة مضموناً عليه شرعاً ولا يجمع البدلان فى ملك مالك الوديعة والمغصوب منه اه فتح (قوله وبصير مغروراً) أى فيما

كان المورث مغروراً فيه اه كافي (قوله أو بالعكس) أي بأن كانت موطوءة الميت أو موطوءة وارثه اه (قوله وذلك بما ذكرنا من الجرح) أي الصوري أو المعنوي اه عيني (قوله لا إلى الموت) أي ليس بعضاف إلى الموت اه (قوله في المتن ولو شهدا بيدى الخ) قيد بالحي لانهما اذا شهدا الميت أنها كانت في يده وقت الموت تقبل اتفاقاً اه عيني وقد تقدمت وتقدم (٣٣٧) الفرق بينهما أنفا اه (قوله ردت) في

نظار الرواية خلافاً لما روى عن أبي يوسف اه غاية (قوله لأن البدنة مقضية) أي زائله في الحال وليست بقائمة حتى تحمل على الملك باعتبار الظاهر اه قارئ الهداية (قوله فلا يمكن القضاء بالجهول) فلم يجب الرد لانه لو وجب الرد من وجهه لا يجب من وجهين فلا يجب بالشك اه قارئ الهداية (قوله في المتن) ولو أقر المدعى عليه بذلك أو شهد شاهدان أنه أقر أنه كان في يد المدعى دفع الى المدعى قال الكمال يعني لو قال المدعى عليه بالدار التي في يده هذه الدار كانت في يد المدعى دفعت للمدعى وان كانت البدنة منوعة لان حاصل ذلك جهالة في المقر به وهي لا تمنع صحة الاقرار بل يصح ويلزمه البيان فانه لو قال لفلان على شيء صح ويجبر على البيان وكذلك لو شهد شاهدان أن المدعى عليه أقر بأنها كانت في يد المدعى تقبل لان المشهود به الاقرار وهو معلوم وانما الجهالة في المقر به وهي لا تمنع صحة القضاء كالأدعي عشرة دراهم فشهد على اقرار المدعى عليه أن له عليه شيئاً جازت وبؤمر بالبيان اه

عين ملك المورث مستمرا الى هذا الوقت لا ملكاً آخر غيره كافي الخي اذا ثبت أنها كانت له يحكم له بها ولا يكاف اقامة البينة على ان ملكه ثابت في هذا الوقت وكذا ادعى عينا في يد انسان أنه اشتراها من فلان غير ذي اليد أو قام البينة على الشراء منه وأنكر ذواليد أنها ملك البائع فأقام المشتري بينة أنها كانت له يكتفي بذلك ويقضى له بها ولا يكاف اقامة البينة أنها كانت للبائع وقت البيع وهذا لان ما ثبت فهو باق الى أن يوجد ما يزيله لاستغناء البقاء عن دليل ولهما ان ملك الوارث متجدد ثبت له بعد ان لم يكن ثابتاً ألا ترى أنه ثبت في حقه احكام لم تكن ثابتة في حق المورث من استبراء الجارية وحل وطئها لو كانت حراما على المورث أو بالعكس وكذا يحل للوارث الغنى أو كل صدقة ورثها من الفقير ولو لا تجدد الملك لما حل له فاذا كان متجدداً فلا بد من اثبات النقل اليه وذلك بما ذكرنا من الجرح لا يثبت ملك الميت قبل الموت لان بقاء ملكه الى الموت يثبت باستصحاب الحال وهو حجة لبقاء ما كان على ما كان لا لا يثبت ما لم يكن وحاجتنا اليه لان ما ملكه الوارث لم يكن ثابتاً قبل موت المورث فكان متجدداً ضرورة فلا يثبت باستصحاب الحال ألا ترى أن الشفيع لا يستحق الشفعة بظاهاً يده في الدار المشفوعة بها وان كان يدفع دعوى غيره بها ذكرنا بخلاف ما اذا ثبت الخي أنها كانت له حيث يحكم له بها لانا اعتبرنا فيه استصحاب الحال لبقاء ما كان على ما كان وهو حجة فيه على ما بينا وبخلاف ما اذا قام البينة أنه اشتراها من فلان حيث لا يكاف اقامة البينة أنه كان مالكا له وقت البيع لان ملك المشتري مضاف الى الشراء الثابت بالبينة لا الى استصحاب الحال ببقاء ملك البائع لان الشراء بسبب موضوع للملك حتى لا يتحقق بدون اثبات الملك فيكون ثابتاً بالشراء وأما في الموت فثبت للملك الوارث مضاف الى كون المال ملك المورث وقت الموت لا الى الموت لان الموت ليس بسبب موضوع للملك بل موضوع لابطاله فكيف من موت ليس فيه ايجاب للملك لاحد ألا ترى أن الوارث لو علق العتق بموت مورثه بأن قال ان مات سيدك فأنت حر لا يصح ولو كان سبب الملك لصح كما اذا قال لعبد الغيران اشتريتك فأنت حر قال رحمه الله (ولو شهدا بيدى من شهر ردت) أي اذا شهد شاهدان أن هذه العين كانت في يد فلان منذ شهر وهو حي ردت الشهادة وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وعن أبي يوسف انه تقبل لان اليد مقصودة كالمالك فوجب أن تقبل كما اذا شهد أنها كانت ملكه منذ شهر وهذا لان الملك متى ثبت بقي الى أن يوجد ما يزيله فكذلك اليد وصار كما اذا شهد بالاختصاص المدعى أو بالقرار منه بالبدلة ولهما أن الشهادة قامت بجهول لان اليد منقضية وهي مستوعبة الى ملك وأمانة وضمن فلا يمكن القضاء بالجهول بخلاف الملك لانه معلوم غير منوع وبخلاف الاختصاص لمعلوم أيضاً وحكمه معلوم وهو وجوب الرد لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد وكذا الاقرار باليد معلوم على ما يجيء ولان يد صاحب اليد معين ويد المدعى مشهودة فلا يعارض المتحقق لان العيان يوجب العلم والشهادة توجب غلبة الظن فكان أكثرنا بأن قال رحمه الله (ولو أقر المدعى عليه بذلك أو شهد شاهدان أنه أقر أنه كان في يد المدعى دفع الى المدعى) أي لو أقر المدعى عليه باليد للمدعى أو شهد شاهدان بأنه أقر باليد للمدعى منذ أشهر دفع ذلك الى المدعى لان الاقرار معلوم فتصح الشهادة به وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار ألا ترى انه لو قال لفلان على شيء صح ويجب عليه البيان ولا تصح الشهادة به والله أعلم

باب الشهادة على الشهادة

قال رحمه الله (تقبل فيما لا يسلط بالشبهة ان شهد رجلان على شهادة شاهدين) أي تجوز الشهادة على

باب الشهادة على الشهادة

لما فرغ من بيان أحكام شهادة الاصول شرع في بيان أحكام شهادة الفروع اه فتح قوله شرع في بيان الخ اذا الاصل مقدم على الفرع اه وكتب مانصه قال الفقيه أبو الليث في خزائن الفقه خمسة أشياء لا تقبل فيها الشهادة على الشهادة كتاب القاضي الى القاضي وحد الزنا

والسرقة والقصاص والقتل وحشرب الخمر وقال في أول كتاب الكفالة من الاجناس قال محمد بن الحسن في نوادر محمد بن رستم يجوز في التعزير بالعفو والشهادة على الشهادة اه انة انى رحمه الله (قوله وجبت على شاهد الاصل) فلا يجوز ان يقيم غيره مقامه كالصلاة والصوم وسائر العبادات اه غايه (قوله ولان فيها زيادة احتمال) يعنى تهمة الكذب فى الاصول والفروع اعدم عصمتهم كما ذكرنا وفى الفروع تهمة زائدة وهى تهمة عدم (٢٣٨) السماع من الاصول اه قارى الهداية (قوله وفيه شبهة من حيث البدلية) لانها فائقة

مقام شهادة الاصل اه (قوله وقوله فيما لا يسقط بالشبهة احتراز عن الحدود والقصاص) وبقولنا هذا قال أحد والمشافعي فى قول وأصح قوايه وهو قول مالك تقبل فى الحدود والقصاص أيضا لان الفروع عدول نقولوا شهادة الاصول فالحكم بشهادة الاصول لا بشهادتهم وصاروا كالترجم وسندفع اه فتح (قوله ويدخل تحته) أى يدخل تحت قول المصنف تقبل الخ جميع الحقوق اه (قوله وقال مالك الخ) فى هذا النقل عن مالك نظر لانه لا يجوز شهادة واحد على واحد اه اتقانى وكتب ما نصه قال الاتقانى قال مالك وتجوز الشهادة على الشهادة فى الحدود والحقوق كلها وذلك أن يشهد شاهدان على شهادة شاهدين يشهدان جميعا على شهادة كل واحد من الشاهدين الاولين ولا يصح أن يشهدوا أحدهما على شهادة واحد من الشاهدين الاولين والشهادة على الشهادة فى الزنا جائزة وذلك

الشهادة بشرط أن يشهد شاهدان على شهادة كل واحد من الاصلين وهذا استحسان والقياس أن لا يجوز لان الشهادة عبادة دينية وجبت على شاهد الاصل وليست بحق للشهود له دليل انه لا تجوز الخصومة فيها والاجبار عليها والزيادة لا تجزى فى العبادة البدنية ولان فيها زيادة احتمال لان الاحتمال فيها فى موضعين فى الاصول وفى الفروع وفيه شبهة من حيث البدلية ولهذا لا يصار الى الفروع الاعند العجز عن الاصول وجه الاستحسان أن الحاجة ماسة اليها اذا شاهد الاصل قد يجزى عن أداء الشهادة لموت أو مرض أو بعد مسافة فلازم تجزى الشهادة على الشهادة أدى الى إيواء الحقوق ولهذا يجوزنا الشهادة على شهادة الفروع وعلى شهادة فروع الفروع الى غير نهاية فصار كتاب القاضى الى القاضى وقوله فيما لا يسقط بالشبهة احتراز عن الحدود والقصاص لانهم ما يسيطرون بالشبهة وفيها شبهة على ما ذكرنا فلا يثبتان بها كالا يثبتان بشهادة النساء فافهمان شبهة البدلية بل أولى لان فى الشهادة على الشهادة حقيقة البدلية ويدخل تحته جميع الحقوق وذكرنا طائفة أنهما لا تجوز فى الوقت والصحيح أنها تجوز فيه احياءه وصوناه عن اندراسه وقوله ان شهد رجلان على شهادة شاهدين يعنى ان شهد على كل واحد من الشاهدين رجلان لان كل واحد من الشاهدين قضية من القضايا فلا بد من تمام النصاب على كل واحد منهما ما يثبت عند الحاكم ولا يشترط تغير الفروع حتى لو أشهد أحدهما على شهادة رجلين وأشهدهما الآخر بعينهما جاز وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز زحى يشهد على كل واحد منهما رجلان غير اللذين أشهدهما صاحبه لان كل شاهدين قائمان مقام أصل واحد فلا يتم حجة القضاء بهما كما كررنا فى ما فائدهما من رجل لا يتم الحجة بشهادتهما ولان الفرع لما تحتمل الشهادة صار شاهدا وليس الشاهدان يشهد على تلك الشهادة غيره ألا ترى أن أحد الاصلين لما كان شاهدا لا يجوز له أن يشهد صاحبه على شهادته مع رجل آخر وقال مالك رحمه الله تجوز شهادة الواحد على شهادة الواحد لان الفرع قائم مقام الاصل معبر عنه بمنزلة رسوله فى اتصال شهادته الى مجلس القاضى فكأنه حضر وشهد بنفسه واعتبر بهذا رواية الاخبار فان رواية الواحد عن الواحد مقبولة ولما قول على رضى الله تعالى عنه لا يجوز على شهادة رجل الشهادة رجلين مطلقا من غير تقييد بأن يكون بازاء كل أصل فرعان ولان شهادة كل واحد من الاصلين حق من جملة الحقوق والحق عند القاضى لا يثبت الا بحجة تامة لانهم ملزمة للقاضى القضاء فلا بد من النصاب فاذا تم وشهد على شهادة أحدهما جاز أن يشهد على الآخر أيضا لان الشاهدين يجوز لهما أن يشهدا على قضيات كثيرة بخلاف امرأتين لان النصاب لم يتم بهما وشرط العدالة لم يثبت به شيء لان المرأتين كرجل واحد وبخلاف ما اذا شهد أحد الاصلين على صاحبه مع رجل آخر لان شاهد الاصل يعلم الحادثة يقينا فلا يستفيد بشهاد صاحبه اياها شيئا ولان معنى الاصلية يقتضى مشاهدة الحق ومعنى الفرعية يقتضى عدم المشاهدة فمتنا افيان فلا يجوز ولان الفرع يدل عن الاصل فلا يتصور أن يكون الشخص الواحد بدلا وأصلا فى حالة واحدة ولان شاهد الاصل يثبت نصف الحق والفرعان نصفه ولو جازت شهادته على شهادة صاحبه لانت ثلاثه أربع الحق ولا نظيره فى الشرع ولا يقال لو كان

أن يشهد أربعة على شهادة كل واحد من شهود الاصل الأربعة الى هنا لفظ كتاب التفریع لأصحاب مالك اه وقال الفرع الاتقانى عند قوله فى الهداية ولا تقبل شهادة واحد على واحد وقال ابن أبى ايمى وأجدوا لا يجرى يجوز كذا فى شرح الاقطع اه (قوله ولما قول على رضى الله عنه لا يجوز الخ) قال الاتقانى وجه الاستدلال أن عليا رضى الله عنه جاز شهادة الرجلين على شهادة رجل ولم ينف شهادتهم على شهادة رجل آخر ولم يشترط أن يكون بازاء كل أصل فرعان على حدة فدل اطلاقه على جواز شهادة الفرعين جميعا على شهادة الاصلين ولم يرو عن غير على خلافه فخل محل الاجماع اه اتقانى

(قوله وقد بيناه وبيننا الخلاف فيه) وهو أن عندما لك تقبل شهادة واحد على واحد اه (قوله في المتن والأشهاد) أي أشهاد شاهد الأصل شاهد الفرع اه فتح (قوله لانه كالتائب الخ) قال الاتقاني قوله لان الفرع كالتائب عنه ولا شك أن الفرع قائم مقام الأصل ونائب عنه وكان ينبغي أن يقول نائب عنه فقبل في تأويل قوله كالتائب عنه لان للقاضي أن يقضى بشهادة أصل واحد وفرع عن أصل آخر ولو كان الفرع نائباً بحقيقة لما جاز الجمع بين الأصل والخلف كما لا يجوز الجمع بين الرضوع والتيمم اه (قوله ولا بد من أن يشهد) أي شاهد الأصل عند الفرع اه (قوله لينقله) أي لينقل الفرع شهادة الأصل اه (فرع) قال في الفتاوى الصغرى شهود الفرع يجب أن يذكر أسمائه الأصول وأسماء آبائهم وأجدادهم حتى لو قالوا للقاضي نشهد أن رجلاً نعرفهما شهدا أنا على شهادتهما يشهدان بكذا أو قالوا للقاضي لانسميهما لك أو قالوا لانعرف أسمائهما لم تقبل حتى يسميالا نهم ماتحماً لا مجازفة (٣٣٩) لاعن معرفة اه اتقاني (قوله وله لفظ أطول منه وأقصر) قال في الهداية

ولها قول أطول من هذا وأقصر منه وخير الأمور أوسطها قال الاتقاني أي لشهادة الفرع عند الأداء لفظ أطول من الذي ذكره القدوري وهو كما قال الخصاص وأفظ أقصر منه كذا كرا الشيخ أبو نصر اه (قوله ٢) في الشعر وأوسطها جيم في نسخة صميم (قوله فالأطول منه أن يقول الخ) نسب الاتقاني هذا إلى الخصاص فقال وذ كرا الخصاص أنه يكرر لفظ الشهادة ثمان مرات وذ كره اه (قوله فيذكر فيه ست شينات) قال الاتقاني وذ كرا الجصاص أنه يكفي ثلاث شينات في الأشهاد وست في الأداء اه (قوله وما ذكره في المتن فيه خمس شينات) أي كما ذكر القدوري في مختصره (قوله أو يقول أشهد على

الفرع بدلاً لما جاز أن يشهد مع أحد الأصلين إذ لا يجوز الجمع بين البديل والمبديل لاننا نقول لم يجمع بينهما لان الفرع ليس بديل عن الذي شهد به معاً بل عن الذي لم يحضر وقوله ان شهد رجلاً لان وقع اتفاقاً لانه يجوز أن يشهد على الشهادة رجل وامرأتان لتسام النصاب وكذا لا يشترط أن يكون المشهود على شهادته رجلاً لان المرأة أيضاً أن تشهد على شهادته رجلين أو رجلاً وامرأتين ويشترط أن يشهد على شهادة كل امرأة نصاب الشهادة فلما بينا قال رحمه الله (ولا تقبل شهادة واحد) (١) أي لا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد وقد بيناه وبيننا الخلاف فيه قال رحمه الله (والأشهاد أن يقول أشهد على شهادتي أني أشهد أن فلاناً أقر عندى بكذا) وهذا صفة الأشهاد ولا بد منه أو ما يقوم مقامه لانه كالتائب عنه فلا بد من التعميل والتوكيل ولا بد من أن يشهد عنده كما يشهد عند القاضي لينقله إلى مجلس القضاء ويحصل ذلك بما ذكرهنا ويقول له عند التعميل أشهدني على نفسه ان شاء وليس يلزم لان من عاين الحق حل له أن يشهد وان لم يشهد على نفسه ولو قال أشهد أني سمعت فلاناً يقره فلان بكذا فاشهد أنت على شهادتي بذلك أو قال أشهد أن فلاناً على فلان كذا فاشهد أنت على شهادتي بذلك جاز لحصول المقصود به ولا يقول أشهد على بذلك لانه لفظ محتمل فانه يحتمل أن يكون الأشهاد على نفس الحق المشهود به فيكون أمراً بالكذب وكذا لا يقول أشهد بشهادتي لانه محتمل أن يكون أمراً بأن يشهد بمثل شهادته فيكون أمراً له بأن يشهد على أصل الحق وهو كذب قال رحمه الله (وأداء الفرع أن يقول أشهد أن فلاناً أشهدني على شهادته أن فلاناً أقر عنده بكذا أو قال لي أشهد على شهادتي بذلك) وهذا صفة أداء الفرع عند الحاكم لانه لا بد من شهادته وذ كره شهادة الأصل وذ كرا التعميل والجملة تحصل بذلك وله لفظ أطول منه وأقصر كالطرفي الأمور ذميم وأوسطها صميم فالأطول منه أن يقول أشهد أن فلاناً أشهدني على شهادته انه شهد أن فلان بن فلان أقر عنده وأشهد على نفسه أن له فلان ابن فلان عليه ألف درهم وقال لي أشهد على شهادتي أني أشهد أن فلان بن فلان أقر عندى لفلان بكذا ففيه ثمان شينات أو يقول أشهد أن فلاناً شهد عندى بكذا وأشهدني على شهادته بذلك وأنا أشهد على شهادته بذلك فيذكر فيه ست شينات وما ذكره في المتن فيه خمس شينات والأقصر منه أن يقول أمرني فلان أن أشهد على شهادته أن لفلان على فلان كذا وأنا أشهد على شهادته بذلك فيذكر فيه أربع شينات أو يقول أشهد على شهادة فلان بكذا فيذكر فيه شينين لا غير ذ كره محمد في السير الكبير وهو اختيار الفقيه

شهادة فلان الخ) قال الاتقاني قال الشيخ أبو نصر البغدادى ويمكن الاقتصاص من جميع ذلك على ثلاث لفظات وهو أن يقول أشهد أن فلاناً أشهدني على شهادته أن فلاناً أقر عنده بكذا وما ذكره صاحب الكتاب أولى وأحوط لان قوله أشهد هو لفظ شهادته ثم يخبر بذلك بصفة ما يقع عليه شهادته وهو التعميل أما قوله وقال لي أشهد على شهادتي هو شرط عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف ان لم يذ كر ذلك جاز وجه قوله سمعنا أنه إذا لم يقل وقال لي أشهد على شهادتي محتمل أن يكون أمراً به أن يشهد بمثل شهادته وذلك كذب ويحتمل أن يكون أمراً به وجه التعميل فلا يجوز أن يثبت عليه التعميل بالشك وجه قول أبي يوسف ان أمر الشاهد بمحمول على الصحة ما أمكن وانه لا يكذب وليس ذلك الآن يحمل على انه أراد التعميل فيصح كذا في شرح الاقطع اه قوله وما ذكره صاحب الكتاب وهو الهداية والذي فيها خمس شينات كما في الكنز اه

(١) قوله في المتن ولا تقبل شهادة واحد هكذا في نسخ الشرح التي بأيدينا والذي في نسخ المتن وعليها شرح العيني ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد فخر اه مصححه (٢) قول المحشى في الشعر هكذا في الأصل وليس في كلام الشارح شعر بل هو جمع اه مصححه

(قوله وأخذ كثير من المشايخ هذه الرواية) قال الاتقاني قال الفقيه وبهذا القول نأخذ لانه يلحقه المشقة في الحضور فصار حكمه حكم المريض والمسافر وأما إذا كان دون (٣٤٠) ذلك فذلك مشقة قليلة فلا تعتبر تلك المشقة وقال نخر الاسلام وقول أبي يوسف حسن

اه (قوله في المتن فان عدلهم
الفروع صح) وروى عن
محمد أن تعدلهم ما لا يكون
صحيحا لان الفرع نائب عن
الاصل فتعديله الاصل يكون
بمنزلة تعديل الاصل نفسه
وجبه ظاهر الرواية أن
الفرع نائب عن الاصل في
نقل عبارته الى مجلس
القاضي فإذا نقل عبارته الى
مجلس القاضي فقد انتهى
حكم النيابة وهو بمنزلة سائر
الاجانب اه (قوله ولواتهم
بمثله لانهم في شهادته على
نفس الحق) بأنه انما يشهد
ايصير قوله مقبولا عند
الناس وان لم يكن له شهادة
اه (قوله لان المأخوذ) أي
الواجب على الفروع اه
فتح (قوله في المتن وتبطل
شهادة الفرع بانكار الاصل)
قال في الهداية وان أنكر
شهود الاصل الشهادة لم
تقبل شهادة الفروع قال
الكمال لان انكارهم الشهادة
انكار للتحصيل وهو شرط
في القبول فوقع في التحصيل
تعارض خبرهما بوقوعه
وخبر الاصول بعينه ولا
ثبوت مع التعارض اه
وقال الاتقاني لان شرط صحة
الشهادة التحصيل فاذا أنكر
شهود الاصل شهادتهم
لا يوجد التحصيل فلا تصح
شهادة الفرع لعدم الشرط اه

أبي الليث وأبي جعفر وشمس الأئمة السرخسي رحمه الله وهو أسهل وأيسر وأقصر وروى أن أبا جعفر
كان يخالفه فيه علماء عصره فأخرج لهم الرواية من السير فأنقاده قال رحمه الله (ولاشهادة الفرع
الاجتات أصله أو مرضه أو سفره) لان جوازها للحاجة عند عجز الاصل والعجز يتحقق بهذه الاشياء والمراد
بالمرض ما لا يستطيع الحضور معه الى مجلس الحكم لان أداء الشهادة فرض فلا يسقط الا بالعجز فاذا
سقط جازله أن يحمل غيره كإلتيوى حقه وهذا لان تكليف ما لا يطاق غير جائز وأما القاضي
بالحضور الى موضع المريض شنيع ولانه يؤدي الى الحرج وربما لا يتفرغ للقعود في مجلس الحكم عند
كثرة الامراض والحرج مدفوع والسفر عذر ظاهر الأثرى انه تعلقت به أحكام جملة من قصر الصلاة
والفطر في الصوم وامتداد مدة المسح وسقوط الجمعة والاضحية وحرمة خروج المرأة من غير محرم أو زوج
وغير ذلك من الاحكام فكذا هذا الحكم وعن أبي يوسف رحمه الله أنه ان كان في مكان لو غدا الاداء
الشهادة لا يقدر أن يبيت في منزله جازا لاشهاد احياء لحقوقي الناس والاول أحسن لان العذر يتحقق
بذلك كما في سائر الاحكام والثاني وهو ما روى عن أبي يوسف أرفق لان إحياء الحقوق واجب ما أمكن
والشهادة أيضا محتسب فلا يكاف ما فيه حرج وفي البيوت في غير أهل حرج عظيم فيجوز لاشهاد على
شهادته دفعا للرجح عنه وإحياء لحقوقي الناس وأخذ كثير من المشايخ هذه الرواية وروى عن محمد رحمه
الله انها يجوز كيفما كان حتى روى عنه أنه اذا كان الاصل في زاوية المسجد فشهادته الفروع على شهادته
في زاوية أخرى من ذلك المسجد قبل شهادتهم وقال في النهاية ذكر شمس الأئمة السرخسي والقاضي
الامام على السعدي في شرح أدب القاضي للخصاف رحمه الله اذا شهد الفروع على شهادة الاصول
والاصول في المصر يجب أن يجوز زعني قولهما وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله لا يجوز بناء على أن التوكيل
بغير رضا الخصم لا يجوز زعنده وعندهما يجوز وجه البناء أن المدعي عليه لا يملك اناة غيره مناب نفسه
في الجواب لا بعدد فكذا لا يملك الاصل اناة غيره مناب نفسه في الشهادة لا بعدد والجامع ان استحقاق
الجواب على المدعي عليه كاستحقاق الحضور على الشهود وعندهما المالك المدعي عليه اناة غيره مناب
نفسه في الجواب من غير عذر فكذا في الحضور الى مجلس الحاكم قال رحمه الله (فان عدلهم الفروع
صح) لان الفروع من أهل التزكية فصح تعديلهم شهود الاصل وكذا اذا عدل أحد الشاهدين صاحبه
لما ذكرنا ولا تهمة فيه بتنفيذ شهادته لان العدل لا يفعل ذلك ولواتهم بمثله لانهم في شهادته على نفس الحق
وكان ينسب باب الشهادة وهو مقتوح وكيف يتسم به وشهادته لم ترتد بشهادة صاحبه بل تقبل بضم آخر
معه وانفق الرد فهي انما ترد لعدم كمال النصاب وذلك لا يضره وقيل لا يقبل تعديل صاحبه للتهمة
والاول أصح لان العدل لانهم مثله قال رحمه الله (والاعدلوا) أي ان لم يعدلهم الفروع عدلوا بسؤال غير
الفروع عن الاصول لان المأخوذ على الفروع النقل دون التعديل ولانه قد يخفى عليهم فاذا نقلوا شهادتهم
يتعرف القاضي عدالتهم كما اذا حضروا بأنفسهم وشهدوا وهذا قول أبي يوسف رحمه الله وقال محمد
رحمه الله لا تقبل لانهم ينقلون الشهادة ولا شهادة بدون العدالة فخالصه أن القاضي ان كان يعرف الفروع
والاصول بالعدالة قضى بشهادتهم وان عرف أحد الفريقين بالعدالة دون الآخر سأل عن الذين لم
يعرفهم بها فان عدل الاصول الفروع أو بالعكس جاز وقال في النهاية في غير ظاهر الرواية عن محمد انه
لا تثبت عدالة الاصول بتعديل الفروع والصحيح ظاهر الرواية ولا فرق في ذلك بين أن يقول الفروع
للقاضي لا نعرف حالهم أو لا نخبرك بحالهم قال رحمه الله (وتبطل شهادة الفرع بانكار الاصل الشهادة)

اه وكتب ما نصه ومعنى المسئلة أن يقول شهود الاصل ما نأشهادة على هذه الحادثة أي
وما نأوأغابوا ثم جاء شهود الفرع يشهدون على شهادتهم بهذه الحادثة أما مع حضرهم فلا يلتفت الى شهادة الفروع وان لم يشكر شهود
الاصول اه كافي قال شيخنا رحمه الله فظهر عما ذكر في الكافي وعما ذكره الشارح هنا أن الحكم واحد سواء أنكر الاصول شهادتهم

بنفس الحادثة أو أنكروا شهادتهم الفروع على شهادتهم ولكن متن الكثرة والهداية انما هو على ما صورته في الكافي لا على ما صورته الشارح حيث قال بانكار الاصل الشهادة ولم يقولوا بانكار الاشهاد اه (قوله في المتن ولو قال (٣٤١) فيه التسمية لم يحز حتى ينسبها

الى اخذها) فسر صاحب الهداية الفخذ بالقبيلة الخاصة وفسرها الغنابي بالاب الاعلى الذي ينسب أبوها اليه وذلك لان بني تميم قوم لا يحصون فلا يحصل التعريف بذلك ما لم ينسبوا الى القبيلة الخاصة اه اتقاني (قوله الشعب) بفتح الشين اه فتح (قوله على اختلاف القولين) أي قول الزمخشري وقول صاحب الصحاح اه (قوله في المتن ومن أقر أنه شهد زورا يشهر ولا يعز) قال في الهداية وفي الجامع الصغير شاهدان أقرأ أنهم ما شهدا بزور لم يضربا وقال يعززان وفأثنته أن شاهد الزور في حق ما ذكرنا من الحكم هو المقر على نفسه بذلك فإنه لا طريق الى اثبات ذلك بالبينة لأنه نفي الشهادة والبيئات للاثبات اه قال الاتقاني قوله وفأثنته أي وقأثنته وضع الجامع الصغير وهذا لأنه وضع المسئلة فيه فيما إذا أقرأ أنهم ما شهدا بزور وفأثنته أنه لا يثبت كذب الشاهد الا باقراره اذا استل الى معرفة ذلك بالبينة لان البينة اذا قامت على أنهما شهدا بغير حق فلا يلتفت الى ذلك لان الشهادة على

أي الاشهاد ومعناه اذا قال شهود الاصل لم نعرفهم ولم نشهدهم على شهادتنا فأتوا أو غابوا ثم جاء الفروع وشهدوا عند الحاكم لم تقبل شهادتهم لان التحميل شرط ولم يثبت التعارض بين خبر الاصول وبين خبر الفروع لان الاصول يحتمل أن يكونوا صادقين بذلك فلا يثبت التحميل مع الاحتمال قال رحمه الله (ولو شهدا على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بألف وقالوا أخبرنا أنهم ما يعرفونها فجاء باسراء فقالا لا ندري أي ههنا أم لا قيل للذي ههنا شاهدان أنهم اقلانة) لان التعريف بالنسبة قد تحقق بشهادتهما والمدعي يدعي أن تلك النسبة للعاضة ويحتمل أن تكون لغيرها فلا بد من اثبات تلك النسبة للعاضة وتظهير اذا شهدوا ببيع محدود بذ كر حدوده من غير معرفة عينه وشهدوا على الخصم فلا بد من آخرين يشهدان أن المحدود بتلك الحدود في يد المدعي عليه ليصح انقضائه وكذا اذا ذكر المدعي عليه أن الحدود المذ كورة في الشهادته حدود ما في يده فلا بد من شاهدين آخرين يشهدان أن الحدود المذ كورة في الشهادة حدود ما في يده (وكذا كتاب القاضي الى القاضي) معناه أن القاضي اذا كتب الى القاضي الآخر أن فلانا وفلانا شهدا عندى بكذا من المال على فلانة بنت فلان الفلانية وأحضر المدعي امرأه عند القاضي المكتوب اليه وأتت المرأة أن تكون هي المنسوبة بتلك النسبة فلا بد من شاهدين آخرين يشهدان أنها هي المنسوبة بتلك النسبة كما في المسئلة الاولى لما ذكرنا ولا فرق بينهما الا من حيث ان القاضي الكاتب لو لا يته بتقدير بقل الشهادة اليه وفي الشهادة على الشهادة لا بد من اثنين على كل أصل على ما بينا قال رحمه الله (ولو قالوا فيهما التسمية لم يحز حتى ينسبها الى اخذها) أي لو قال الشاهدان في الشهادة على الشهادة وفي كتاب القاضي الى القاضي فلانة بنت فلان التسمية لم يحز حتى ينسبها الى اخذها وهو الحد الاعلى لان التعريف شرط فيه ولا يحصل ذلك بالنسبة الى العامة وهي عامة ويحصل بالنسبة الى الخاصة والنسبة الى الفخذ خاصة لان أول النسب الشعب ثم القبيلة ثم الفصيلة ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ فكان أخص من الكل ذكره في النهاية وعزاه الى الصحاح وجعل الزمخشري فيما حكاه صاحب النهاية الفصيلة آخر الكل فالشعب مجمع القبائل والقبيلة مجمع العمارات والعمارات مجمع البطون والبطن مجمع الاتحاد والفخذ مجمع الفصائل خزيمة شعب وكذات قبيلة وقر يش عمارة وقصى بطن وهاشم فخذ والعباس فصيلة وسمى الشعب شعبا لان القبائل تشعب منه والمقصود من النسب حصول العلم بالنسب وذلك يحصل بالنسب الى الخاص دون العام وينوعم عام فلا يحصل العلم بالنسبة اليه والفرغانية نسبة عامة وكذا السمرقندية والبخارية والمصرية والاورجندية خاصة وكذا النسبة الى السكة الصغيرة بخلاف الحلة الكبيرة ثم التعريف وان كان يتم بذ كر الجدة عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله تعالى فذكر الفخذ أو الفصيلة على اختلاف القولين يقوم مقام الجدة قال رحمه الله (ومن أقر أنه شهد زورا يشهر ولا يعز) أي لا يضرب وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال ابو جعفر ضربا ويحبس وهو قول الشافعي رحمه الله اتصل بشهادته القضاء أو لم يتصل لأنه ارتكب كبيرة وفيها ضرر على المسلمين وليس فيها حدم قد رغب التعزير رازلة للفساد وانما قلنا انها كبيرة لقوله عليه الصلاة والسلام أيها الناس عدت شهادة الزور الاشرار بالله ثم تلا قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور وسأله رجل عن الكاثر فقال عليه الصلاة والسلام الاشرار بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وقول الزور فاذا كانت كبيرة وجب عليه التعزير بالايجاب وانما اختلفوا في كيفية تعزيره فقط لهم ما روى عن عمر رضي الله تعالى عنه أنه ضرب شاهد الزور أربعين سوطا وسخم وجهه ولا يبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أن شريحا رضي الله عنه

(٣٤١ - زيلجي رابع) النقي لا تسمع اه (قوله فاذا كانت كبيرة وجب عليه التعزير بالايجاب) غير انه اكتفى بشهر حاله في الاسواق وقد يكون ذلك أشد عليه من الضرب خفية وهما أيضا قال ذلك الضرب ويقولهما قال الشافعي ومالك رحمه الله اه كمال (قوله وسخم) يقال سخم وجهه اذا سوده من السخام وهو سواد الفسد وزور قد جاء باخاء المهمل من الاسخيم وهو الاسود وفي الغني ولا يسخم وجهه بانحاء

والهاء اه كمال (قوله وشرع رضي الله عنه) هذا جواب عن سؤال مقدر وهو أن يقال أبو حنيفة لا يرى تقليد التابعي فقد روى عنه انه قال هم رجال ونحن رجال نجتهد فأجاب بما ذكرهنا اه (قوله وماروى عن عمر رضي الله عنه كان سياسة) قال الكمال رحمه الله وأما الجواب بأن ماروى من ضرب عمر والنسخيم (٣٤٣) كان سياسة فاذا رأى الخاكم ذلك مصلحة كان له أن يفعلها فقد رتب بما ذكرنا

من كتابة عمر به الى عماله في البلاد وأما الاستدلال على السياسة بالتبليغ الى الاربعين ولا يبلغ بالتعزير الى الحد ودفليس بشئ لان ذلك مختلف فيه فن العلماء من يحيزه وقد أجاز عالم المذهب أبو يوسف رحمه الله أن يبلغ خمس وسبعون وتسع وسبعون بخار كون رأى عمر رضي الله عنه كذلك وأما كون النسخيم مثله منسوخة فقد يكون رأى عمر رضي الله عنه أن المائة ليست الا في قطع الاعضاء ونحوه مما يفعل في البدن ويدوم لا باعتبار عرض يغسل فيزول اه (قوله والثاني أن يرجع من غير توبة وهو مصر على ما كان) مثل أن يقول شهدت في هذا الزور ولا أرجع عن مثلي ذلك اه فتح (قوله قوله ومن أقر أنه شهد زورا تصرع الخ) قال الكمال وشاهد الزور لا يعرف الا باقراره بذلك ولا يحكم به برد شهادته بخالفته الدعوى أو الشاهد الآخر أو تكذيب المدعى له اذ قد يكون محققا في المخالفة أو للمدعى غرض في آذاه وزاد

كان بشرا ولا يضرب وكان يبعثه الى سوقه ان كان سوقيا والى قومه ان كان غرسوقى بعد العصر أجمع ما يكونون ويقول ان شرب يحاقركم السلام ويقول انا واحدنا هذا شاهد زور فأخذروه وحذروه الناس وشرع رضي الله تعالى عنه وان كان تابعا ولا يكتفه زاحم الصحابة في الفتوى وسوغوا له في الاجتهاد ورجعوا الى قوله في المناظرة فن كان بهذه المثابة من أئمة التابعين فحكمه حكم الصحابة حتى روى عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أنه يقادهم وعدهم فقال مثل مسروق والحسن وعلقمة وشرع ومن كان في رتبهم من التابعين فيكون في الحقيقة على هذا تقليد للصحابة رضي الله تعالى عنهم أجمعين تجوزهم فعلهم وقولهم لاسمائهم فانه كان قاضيا في زمن عمر رضي الله تعالى عنه ومن بعده من الخلفاء فيكون فعله مشهورا بينهم وكيف لا يكون وهو محض منهم فيكون تقليد لهم ضرورة وما روى عن عمر كان سياسة بدليل تبليغه أربعين وهو واحد العبيد في القذف وبدليل نسخيمه وهو مثله لم يحز بالاجماع ولذلك يقولوا به عليه الصلاة والسلام عن المثلة ولو كان في الكلب العقور ولان الضرب الشديد والنسخيم يمنعانه من الرجوع بعد الوقوع فلا يشرعان وذ كرشمس الأئمة السرخسي رحمه الله أنه يشهر عندهما أيضا وقال الامام الخاتم أبو محمد الكاتب رحمه الله وهذه المسئلة على ثلاثة أوجه أحدها أن يرجع على سبيل التوبة والتدابة فانه لا يعز زورا بالاجماع والثاني أن يرجع من غير توبة وهو مصر على ما كان فانه يعز زورا بالاجماع والثالث أن لا يعلم رجوعه بأي سبب فانه على الاختلاف الذي ذكرنا قوله ومن أقر أنه شهد زورا تصرع بأنه اغتاب بحب الشهير أو اتعز بر على الاختلاف الذي ذكرنا على نفسه أنه شهد كاذبا متعبدا وأما اذا قال غلطت أو نسيت أو أخطأت أو ردت شهادته لثممة أو لمخالفة بين الشهادة والدعوى أو بين شهادتين فانه لا يعز زورا لا لا تدري من هو الكاذب منهم المشهود له أو الشاهدان أو أحدهما أو قد يكذب المدعى لينسب الشاهد الى الكذب ولا يمكن اثباته بالبينة لانه من باب النفي والبينة حجة الاشياء ولا تهممة في اقراره على نفسه فيقبل اقراره ويجب عليه موجه من الضمان والتعزير وكذا اذا شهدوا بقتل شخص أو موته ثم جاء المشهود بقتله أو موته حيا التيقننا بكذبهم والرجال والنساء وأهل الذمة في شاهد الزور سواء وهل تقبل شهادتين بعد ذلك اذا تاب قالوا ان كان فاسقا تقبل لان الذي حمله على الشهادة الباطلة فسقه فاذا تاب وظهر صلاحه تقبل لزوال الفسق واختلافه في مدة التوبة فقد رده بعضهم بستة أشهر وبعضهم بسنة والصحيح أنه مفقوض الى رأى القاضي وان كان عدلا أو مستورا لا تقبل شهادته أبدا لان عدالتهم لا تعتمد وروى الفقيه أبو جعفر عن أبي يوسف أن شهادته تقبل وبه يفتى فتخلص لنا من جميع ما ذكرنا في هذا الكتاب ان الشهادة ترد بسبب التهمة وسببها أنواع إما معنى في الشاهد وهو النسق والمعنى وإمام معنى في المشهود له وهو وصلة خاصة بينه وبين الشاهد كقراءة الولاد والزوجة وإماله دليل شرعى وهو في حق الحدود وفي القذف بعد التوبة لان الله تعالى جعل عجزه عن الايمان بأربعة شهداء دليل كذبه بقوله تعالى فاذ لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون والله أعلم

كتاب الرجوع عن الشهادة

اعلم أن الشهادة فرض لقوله تعالى وأقيموا الشهادة لله وقوله تعالى ومن يكتمها فانه آثم قلبه وقال عليه

شيخ الاسلام أن يشهد بموت واحد فيجب حيا اه

الصلاة

كتاب الرجوع عن الشهادة

لما كان هذا أبحاث رفع الشهادة وما تقدم البحوث اثباتها فكانت موازين فقرح هذا الكتاب كما ترجم ذلك للوزارة بينهما والافليس لهذا أبواب تعدد أنواع مسائله ليكون كتابا كاملا ولتحققه بعد الشهادة اذ لا رفع الا بعد الوجود ناسب أن يجعل تعليقه بعده كما أن وجوده

بعده وخصوصاً مناسسته بشهادة الزور وهو أن الرجوع لا يكون غالباً إلا لتقديمه أخطأ اه كمال رحمه الله قال الكاكي عتب الرجوع عن الشهادة الشهادة إذا الرجوع يقتضى سبق الشهادة وله مناسبة خاصة بشهادة الزور إذا الرجوع عن الشهادة مسبب عن شهادة الزور ثم للرجوع ركن وهو قول الشاهد شهدت بزور وهو أن يكون عند القاضي أى قاض كان فيختص بمجلس القاضي اه (قوله وحكمه بعد القضاء) قالوا ويعز الزور والشهود سوا رجوعوا قبل القضاء أو بعده ولا يخلو عن نظر لان الرجوع ظاهر في أنه توبة عن تعبد الزور ان تعبد أو التهور والجهل ان كان أخطأ فيه ولا تعزير على التوبة ولا على ذنب ارتفع بها وليس فيه حكمة قدر اه كمال وكتب مانصه قال الاتقاني وحكمه ان يجب التعزير على كل حال سواء رجوع قبل اتصال القضاء بالشهادة أو بعد اتصال القضاء والضمان مع التعزير ان رجوع بعد القضاء وكان المشهود به مالا وقد أزاله بغير عوض اه (قوله وقبله التعزير فقط) أى بالضرب عندهما وبالتهديد عند أبي حنيفة على ما تقدم في شاهد الزور اه (قوله في المتن ولا يصح الرجوع الا عند القاضي) قال الكمال سواء كان هو القاضي المشهود عنه أو غيره اه وهو معنى قول الشارح أى حاكم كان اه وكتب مانصه قال الكمال وزاد جماعة في صحة الرجوع أن يحكم القاضي برجوعهما ويضمنهما المال واليه أشار المصنف حيث قال وإذا لم يصح في غير مجلس القاضي فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما أو أراد عيّنهما انهما لم يرجعا لا يخلفان وكذا لو أقام بينة على هذا الرجوع لا تقبل لانه ادعى رجوعا (٢٤٣) باطلا واقامة البينة والزمان اليهين لا يقبل الاعلى دعوى صحيحة

الصلاة والسلام كاتم الشهادة كشاهد الزور وشهادة الزور من الكفار على ما بينا وقال عليه الصلاة والسلام الشاهد بالزور لا يرفع قدميه من مكانه ما حقى ثلغته ملائكة السموات والارض فيجب على كل مسلم الاجتناب عنها وإذا وقعت منه خطأ أو عدا يجب عليه أن يتوب والتوبة عنها لا تصح الا عند الحاكم ولا ينعى عنها الاستحياء من الناس وخوف اللأئمة لان الاستحياء من الخلق أولى من الاستحياء من المخلوق وفيه تدارك ما تألفه بالزور لان رجوعه مقبول في حق نفسه وان لم يقبل في حق المدعى ثم ركن الرجوع أن يقول رجعت عما شهدت به أو شهدت بزور فيما شهدت بشرطه أن يكون في مجلس القاضي وحكمه بعد القضاء التعزير والضمان وقبله التعزير فقط قال رحمه الله (ولا يصح الرجوع الا عند القاضي) لانه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من مجلس الحاكم أى حاكم كان كالفسخ في باب البيع حيث يشترط لصحته ما يشترط في البيع من قيام المبيع ورضا المتبايعين ولان الرجوع عن الشهادة توبة عما ارتكب من قول الزور والتوبة بحسب الجناية على ما قال عليه الصلاة والسلام السر بالسرو والعلانية بالعلانية فاذا كانت الجريمة بحضرة الحاكم يجب أن تكون توبتها كذلك فاذا كان الرجوع عند غيره غير صحيح فلو أقام المقضى عليه بشهادتهم ما بينة بأنهم رجعا عند غير القاضي أو طلب عيّنهما لا تقبل بينته ولا يخلفان لانه ادعى رجوعا باطلا بخلاف ما إذا أقر أنهم رجعا عند غير القاضي حيث يصح اقرارهما وان أقر الرجوع باطل لان اقرارهما به يجعل رجوعا منهم ما في الحال وبخلاف ما إذا أقام البينة انهم رجعا عند قاض آخر غير الذى كان قضى بالحق حيث تقبل هناك بينته لانه ادعى رجوعا صحيحا قال رحمه الله (فان رجعا قبل حكمه لم يقض بها) لان كلامهما متناقض

لا يلزمه شيء ولو ادعى عليه بذلك لا يلزمه اذا تصادقا أن لزوم المال عليه كان بهذا الرجوع اه (قوله والتوبة بحسب الجناية) قال الاتقاني والجناية كانت مختصة بمجلس القضاء فينبغي أن تكون التوبة عنها وهى الرجوع عن الشهادة الباطلة تختص بمجلس القضاء أيضا ألا ترى الى ما روى عن معاذ بن جبل رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه بعثه الى اليمن فقال معاذ أوصى يا رسول الله قال عليك بتقوى الله تعالى ما استطعت واذا كنت شرا فأحدث توبة السر بالسرو والعلانية بالعلانية اه (قوله ولا يخلفان لانه ادعى رجوعا باطلا) واقامة البينة والزمان اليهين لا يقبل الاعلى دعوى صحيحة اه كمال (قوله في المتن فان رجعا قبل حكمه لم يقض بها) حيث قالوا ان شهد بكذا لا تشهد به اه فتح وكتب مانصه قال الكمال وكان أبو حنيفة أو لا يقول يتطرق الى حال الشهود ان كان حالهم عند الرجوع أفضل من حالهم وقت الاداء في العدة لا يصح رجوعهم في حق نفسه وفي حق غيره فعزرون وينقض القضاء ويرد المال على المشهود عليه وان كانوا عند الرجوع كحالهم عند الاداء أو دونية يعزرون ولا ينعى القضاء ولا يجب الضمان على الشاهد وهذا قول أستاذنا جاد بن أبي سليمان ثم رجع الى أنه لا يصح رجوعه في حق غيره على كل حال فلا ينعى القضاء ولا يرد المال على المقضى عليه لما قلنا وهو قولهما اه وكتب مانصه قال الاتقاني ولو شهد عند قاض ورجع عند قاض آخر يصح ويجب الضمان عليه لكن اذا قضى عليه هذا القاضي بالضمان كما لو رجع عند القاضي الذى شهد عنه انما يجب عليه الضمان اذا قضى القاضي عليه

بالضمان ونقله عن شرح شيخ الاسلام خواهرزاده ثم قال وكان أسستاذنا خير الدين البديع يستبعد توقف صحة الرجوع على القضاء بالرجوع أو بالضمان اه (قوله فالقاضي لا يحكم بالكلام المتناقض) ولانه أى كلامه الذى ناقض به وهو المتأخر فى احتماله الصدق كالاول فليس القضاء بأحدهما بعينه أولى به من الآخر فوقف كل منهما اه كمال (قوله لانهم ما لم يتلفا شيأ على أحدهما هذه الشهادة) أى لان الشهادة لا يتعاقبها حكم قبل القضاء فان لم يقض القاضي بها صار وجودها وعدمها سواء فسقط اه اتفاقى (قوله فى المتن وبعبءه لم ينقض) وذلك لان الشاهد لما كذب نفسه بالرجوع تناقض كلامه والقضاء بالكلام المتناقض لا يجوز فلا يفسخ القاضي حكمه بالرجوع ولان الرجوع ليس بشهادة بدليل أنه لا يشترط فيه لفظ الشهادة وما ليس بشهادة لا يبطل به الحكم اه اتفاقى (قوله فى المتن وضمننا الخ) قال الاتفاقى وهو مذهب مالك وأجدين حنبلى وقال فى شرح الاقطع قال الشافعى فى قوله الجديد لا ضمان عليهم له أنه اجتمع فى هذا الاتفاق السبب (٣٤٤) والمباشرة ولا عبرة بالسبب مع وجود المباشرة فسقط حكم السبب فلا يجب الضمان

فالقاضي لا يحكم بالكلام المتناقض ولا ضمان عليهم لاحد من الخصمين لانهم ما لم يتلفا شيأ على أحدهما هذه الشهادة لان الشهادة لم يثبت بها الحق الا بالقضاء فلم يتلفا على المدعى عليه شيأ ولا على المدعى لان عدم ثبوت حقه لا يضاف الى رجوعهما بل هو باق على أصل العدم على ما كان غاية الامر أن يقال لولا رجوعهما لقضى بشهادتهما وثبت له الحق لكن ذلك لا يوجب الضمان كالأولى ببيان أن يشهدا ابتداء ولان القاضي انما يقضى بشهادتهما اذا ثبتت عدتهما عنده وغلب على ظنه انهما صادقان ولا يعرف ذلك الا بعد الحكم لجواز أن يجزأ من المدعى على دعواه فلا جعله بشهادة غيرهما من العدول فثبت حقه ولا يتوى ولئن توى فهو مضاف الى عجزه لا اليهما قال رحمه الله (وبعبءه لم ينقض) أى اذا رجعا بعد ما حكم الحاكم بشهادتهما لم يفسخ الحكم لان كلامهما متناقض فكما لا يحكم بالمتناقض لا ينقض الحكم بالمتناقض لانهما مستويان فى الدلالة على الصدق وقد تخرج الاول باتصال القضاء به فصارتا نظير ما لو شهدا أن عمر اقترأ بالكتابة وشهدا آخران أنه قبله بمصر فانهما قبل القضاء برآن وبعبءه لا ينقض لثبوت رجعه باتصال القضاء به ولانه لو نقض أدى الى التناقض الى ما لا يتناهى برجوعه عن الرجوع ثم برجوعه عن هذا الرجوع الاخرى غير نهاية قال رحمه الله (وضمننا ما أتلناه للشهود عليه اذا قبض المدعى المال ديناً كان أو عيناً) لان التسيب على وجه التعدي يوجب الضمان ككفر البئر ووضع الحجر على الطريق وقد وجد ذلك منهما وقال الشافعى رحمه الله لا يضمنان لانه لا عبرة بالتسيب مع وجود المباشرة قلنا لا يمكن إيجاب الضمان على القاضي عند رجوع الشهود وان كان مباشراً لانه ملجأ من جهةهما فان القضاء واجب عليه بعد ظهروعدتهما حتى لو امتنع باثرويسب تحق العزل ويعزروا ولو أوجبنا عليه الضمان لامتنع الناس عن تقلد القضاء مخافة الغرامة ولا يمكن استيفاء من المدعى لان الحكم قد مضى فتعين صاحب السبب عند تعذر اضافة الحكم الى صاحب العلة كوضع الحجر على الطريق ومن العجب أن الشافعى رضى الله تعالى عنه يوجب القصاص على شهود القصاص اذا رجعوا بعد ما قبله الولي وهو يسقط بالشبهة وأمر الدم أعظم ثم لا يوجب عليهم المال وهو يثبت مع الشبهة ويقول ان القاضي ملجأ ولا يقول ذلك فى المال وهذا تناقض ظاهر ولا يقال أنتم أيضاً تناقض قولكم فانكم أوجبتم على الشاهد المال اذا رجع ولم يوجبوا عليه القصاص وكل واحد منهما جزء الجناية لا نأقول القصاص نهاية العقوبة فلا يجب الا بنهاية الجناية والتسيب فيه قصور

على الشهود كالحاقهم مع الدافع ولنا أن الشهود لما رجعوا علم أن المال وصل الى المقضى له بغير حق لان القاضي قضى بشهادتهم وشهادتهم كانت باطلة وتسليم مال الغير الى الغير موجب للضمان والضمان لا يجب على المقضى له ولا على القاضي بالاجماع أما على المقضى له فلان رجوع الشاهد لا يضر فى حق الغير وأما على القاضي فلانه كالمجاء على النضار لان القضاء فرض عليه بما ثبت عنده ظاهراً حتى لو لم يروجوا القضاء بكفروا ولو رأى ذلك ومع هذا اخرج القضاء بفسق واذا كان كالمجاء كان معذوراً فى قضائه ثم لما يجب الضمان على المقضى له وعلى القاضي فتعين إيجاب الضمان على

الشهود لانهم صاروا سبباً لازماً لمال متقوم للغير بغير حق كما لو شهدوا بالعقوبة ثم رجعوا اه مع حذف (قوله لان ولهذا التسيب على وجه التعدي الخ) وذلك لانهم ما أقروا بأنهم متعديا ووضعوا الشهادة فى غير موضعها وصار ذلك سبباً الى تلف المال والاتلاف بسبب اذا كان بسبب التعدي يوجب الضمان كما فى حافر البئر ووضع الحجر على قارعة الطريق غاية ما فى الباب أن كلام الشهود متناقض ولا يمنع ذلك صحة القضاء لكونه غير متهم على نفسه ولا يسترد المال من المحكوم له لان رجوع الشاهد صريح فى حق نفسه لا فى حق غيره اه اتفاقى (قوله لانه لا عبرة للتسيب مع وجود المباشرة) قلنا المباشرة القاضي والمدعى ولا ضمان على القاضي اتفاقاً لانه كالمجاء الى مباشرة القضاء الذى به الاتلاف من جهة الشرع باقتراضه عليه بعد ظهروعدالة واذا ألجأه الشرع لا يضمنه وأما المدعى فلانه أخذ بحق ظاهر ماض لان خبر الرجوع ليس أولى من الاول لينقض الحكم واذا لم ينقض لا يمكن جبره على اعطاء ما أخذ بذلك الوجه الماضى شرعاً واذا تعذر الإيجاب على المباشرة تعين على التعدي بالتسيب اه فتح

(قوله وقال شيخ الاسلام) أي خواهرزاده اه (قوله وان كان عينا يجب على الشهود الضمان) قال الاتقاني رحمه الله وجه قول السرخسي في شرط القبض لضمان الدين أن قضاء القاضى بالملك للقضى له في زعم المقضى عليه باطل والمرء مؤاخذ بزعمه فلا يضمن الشهود ما لم يخرج الملك عن يده اه (قوله وان لم يقبض المشهود له) وإلى هذا ذهب شمس الأئمة البيهقي في قسم البسوط من الشامل فقال شهدا بعين ثم رجعا ضمة فقيمته قبضه المشهود له أم لا لأنهما أزالا الملك الآخر عن العين المقضى به وألانهما حالاً بينهما وبين ماله وان كان المشهود به ديناً ثم رجعا شهود قبل قبض الدين لا يضمنون لأنهما ألقوا ماله حالاً ولا نهما أوجبا دية أولاً بوجوب ضمان العين لأن ضمان العدو ان مقيد بالمثل ولا مماثلة بين الدين والعين لا حرم لو قبض المشهود له وصار عينا يضمن إلى هنا لفظ الشامل اه اتقاني (فروع) شهد أنه أجله إلى سنة ثم رجعا ضمة حالاً ثم رجعا على المطلوب بعد السنة ولو توى ما على المطلوب لم يرجع على الطالب بخلاف الحوالة * شهدا على هبة عبد وتسلم ثم رجعا ضمة فقيمتها للمالك ولا رجوع للأوهاب على الموهوب له ولا عليه ماله كالعوض وان لم يضمن الأوهاب الشاهدان له الرجوع * شهدا أنه باع عبده بخمسمائة إلى سنة وقيمة العبد مائة (٣٤٥) وقضى به ثم رجعا بخير البائع بين رجوعه على المشتري إلى سنة وبين

تضمن الشاهدان قيمته حاله ولا يضمنهما الخمسمائة فان ضمن الشاهدان رجعا على المشتري بالثلث إذا حل الأجل لأنهما قاما مقام البائع بالضمان وطاب لهما قدر مائة وتصدقاً بالفضل اه كمال مع حذف فروع منه (قوله لان الضمان) أي ضمان الاتلاف وضمن الاتلاف الخ اه فتح (قوله) وجاز للقضى له ذلك وفي الدين لا يزول ملكه (شمس الأئمة يوافق في وجه الدين ويقول في العين ان الملك وان ثبت فيه للدين بمجرد القضاء لكن المقضى عليه يزعم أن ذلك باطل لان المال الذي في يده ملكه فلا يكون

ولهذا لا يعتبر مع المباشرة الا اذا تعدد اعتبار المباشرة فكانت فيه شبهة والقصاص يسقط بالشبهة دون ضمان المال ألا ترى أن القصاص لا يجب في الخطأ والمال يجب في الخطأ أقوى من التسبب لوجود المباشرة فيه ولهذا وجب حرمان الارث بخلاف التسبب فأولى أن يسقط به القصاص وقوله اذا قبض المتدعي المال ديناً كان أو عيناً وهذا اختيار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله لان الاتلاف يتحقق بقبض المتدعي ماله ولا فرق في ذلك بين العين والدين وقال شيخ الاسلام ان كان المشهود به ديناً فكذلك وان كان عينا يجب على الشهود الضمان وان لم يقبض المشهود له لان الضمان مقيد بالمال في العين زوال ملك المشهود عليه عنها بالقضاء ألا ترى أن المقضى عليه لا يجوز له أن يتصرف فيها وجاز للقضى له ذلك وفي الدين لا يزول ملكه عنه حتى يقبضه فلو رجع عليه قبله لم يتحقق المماثلة الا مماثلة بين أخذ العين وإيجاب الدين وفي العين تتحقق وكذلك في العقار يضمنه قبل القبض عندهم لان العقار يضمن بالاتلاف بشهادة الزور بخلاف الغصب عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله لعدم تحققه فيه وهذا الاتلاف يتحقق فيه لانه اتلاف بالكلام فصار كالوديعة فإنه لو ادع العقار عند شخص فأقر به المودع لغيره فإنه يضمن للمودع لتحقيق الاتلاف فيه بهذا الطريق وان لم يتحقق بطريق الغصب وان شهدا عليه بأنه أبرأ من الدين أو حله أو تصدق عليه به أو وهبه إياه ثم رجعا ضمة المال المشهود به لان الدين يصير مالا في العاقبة بالقبض فيتحقق الاتلاف فيه بخلاف ما اذا شهدا بالعفو عن القصاص ثم رجعا حيث لا يضمنان لان القصاص ليس بمال لان المال غير الادمي قال رحمه الله (فان رجع أحدهما ضمن النصف والعبرة لمن بقي لامن رجع) وهذا هو الأصل في باب الرجوع عن الشهادة ولو لا ذلك لوجب الضمان مع بقاء من يقوم بكل الحق بأن بقي النصاب وفي هذه المسئلة بقي من يقوم بنصف الحق فيجب ضمان النصف ولا يقال لا يجوز أن يثبت الحكم ببعض العلة فوجب أن لا يبقى به أيضاً لاننا نقول يجوز أن يبقى الحكم ببعض العلة وان لم يثبت به ابتداء كالحول المنعقد على النصاب يبقى ببقاء بعض النصاب وان

له أن يضمن الشاهد شيئاً لم يخرج من يده قال البرازي رحمه الله في فتاواه والذي عليه الفتوى الضمان بعد القضاء بالشهادة قبض المتدعي المال أولاً اه كمال قال في الخلاصة ما نصه الشاهدان اذا رجعا عن شهادتهما رجوعاً معتبراً يعني عند القاضى لا يبطل القضاء لكن ضمنا للمال الذي شهدا به وهذا قول أبي حنيفة الآخر وهو قولهما وعليه الفتوى سواء قبض المقضى له المال الذي قضى به أو لم يقبض وكذا العقار اه (قوله في المتن والعبرة لمن بقي لامن رجع) قال الاتقاني رحمه الله والأصل هنا ما ذكرنا في شرح الجامع الكبير أن العبرة في الرجوع لبقاء من بقي لا الرجوع من رجع وأن الشاهد في رجوعه يضمن للشهود عليه ما ثبت بشهادته للشهود له ورجوعه يعتبر في حق الضمان عليه لا في بطلان ما ثبت للشهود له وانما قلنا العبرة لبقاء من بقي لانه لو كانت العبرة لرجوع من رجع لزم أن يكون الضمان واجبا على الرجاع مع بقاء الحق عند وجود المبتقى كما اذا رجع أحد الثلاثة لأنه لو كان كذلك لكان ضمان الاتلاف بلا تلف وهو فاسد اذا الحق باق لم يتلف منه شيء بقاء الشاهدان اه (قوله كالحول المنعقد على النصاب يبقى الخ) قال الكمال وأما ما أورد من أنه ينبغي اذا رجع واحد من الاثنين لا يبقى شيء من المال لان الواحد لا يثبت بشهادته شيء أصلاً فيقتضى أن يضمن الواحد الرجوع كل المال فهو مصادم للاجماع على نفيه وانما كان الاجماع على نفيه لان عدم ثبوت شيء بشهادة واحد انما هو في الابتداء ولا يلزم في حالة البقاء

فما يلزم في الاستدعاء وحيداً فبعد ما ثبت شيء بشهادة اثنين نسب إلى كل منهما في حال البقاء ثبوت حصته منه بشهادته فتبقى هذه الحصته ما بقي على شهادته ويكون متلفاً لبرجوعه اه (قوله فعليهما الربع أثلاثاً) ثلثا الربع وهو سدس على الرجل وثلث الربع وهو نصف سدس على المرأة اه (قوله في المتن فان رجعت (٣٤٦) أخرى ضمن) أي النسوة التسع الراجعات اه (قوله في المتن وان رجعوا) أي الرجل

والنسوة اه (قوله ولهذا لم ينعقد به ابتداء قال رحمه الله (فان شهد ثلاثة ورجع واحد لم يضمن) لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق لان شهادة شاهدين تكفي لثبوت الحق في غير الزنا والكلام فيه وقد بقيت فصار الحق مستحقاً لها والاستحقاق يمنع وجوب الحق كمن أتلف مال إنسان ثم استحق التلف بينه لا يضمن للأول شيئاً فكذا هذا قال رحمه الله (وان رجع آخر ضمن النصف) لانه بقي منهم واحد فيبقى بقائه نصف الحق ولا يقال ينبغي أن لا يضمن الراجع الأول لان التلف كان مضافاً إلى الباقيين ولهذا لم يضمن شيئاً لبرجوعه لانه قول التلف مضاف إلى المجموع الا أنه عند رجوع الأول لم يظهر أثره مانع وهو بقاء الشاهدين فلما رجع آخر ظهر أثره اذ لم يبق الا من يقوم بنصف الحق فيغرم ان النصف اذ لم يبق أحدهما بأولى من الآخر وهذا كما يلزم جميعهم الضمان اذ ارجعوا وهم ثلاثة وليس لواحد منهم أن يقول لا يلزمي الضمان لاني لو رجعت وحدي لما وجب علي فلا يجب علي الضمان لبرجوع غيره قال رحمه الله (وان شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمن الربع) لبقاء ثلاثة الأرباع ببقاء رجل وامرأة اذ الرجل وحده بالنصف قال رحمه الله (وان رجعتا ضمن النصف) لانه ببقاء الرجل بقي نصف الحق وعلى هذا لو شهد رجلان وامرأتان فرجع رجل وامرأة فعليهما الربع أثلاثاً وان رجع رجلان والنصف وان رجعت امرأة فلتأني عليهما وهو ظاهر قال رحمه الله (وان شهد رجل وعشر نسوة فرجعت ثمان لم يضمن) لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهو الرجل والمرأتان قال رحمه الله (فان رجعت أخرى ضمن ربعه) لانه ببقاء الرجل والمرأة بقي ثلاثة أرباع الحق النصف بالرجل والربع بالمرأة قال رحمه الله (وان رجعوا فالتزم بالسداس) يعني سدسه على الرجل وخمسة أسداسه على النسوة وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لانهم وان كثرت يقن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن إلا بانضمام رجل فعليهما أن الحجة لا تتم بهن ما لم يشهد معهن رجل فكان الثابت بشهادته نصف الحق وبشهادتهن النصف وهذا لان الرجل متعين في هذه الشهادة للقيام بنصف الحجة فلا تتم الحجة لوجوده فلا يغير هذا الحكم بكثرة النساء فاذا ثبت نصف الحق بشهادته ضمن ذلك عند الرجوع والنصف الآخر ثبت بشهادتهن فعليهما ضمانه عند الرجوع ولا يبي حنيفة رحمه الله أن كل امرأتين يقومان مقام رجل واحد قال عليه الصلاة والسلام في نقصان عقلهن عدلت شهادة كل اثنتين بشهادة رجل واحد فصار كما اذا شهد بذلك مستقر حال ثم رجعوا فيكون الضمان عليهم اسداساً وعدم الاعتماد بكثرتهم عند انفرادهن لا يلزم منه عدم الاعتماد بكثرتهم عند الاجتماع مع الرجال ألا ترى أن كل اثنتين منهن في الميراث تقومان مقام ابن واحد وعند انفرادهن لهن الثلثان فلا يزداد نصيبهن وان اختلطن بابن يزيد فيعتد بكثرتهم فكذا هنا وان رجع النسوة العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق بالاتفاق لانه بقي من يبقى به نصف الحق وهو الرجل وكذلك اذا رجع الرجل وحده عليه نصف الحق لبقائه من يقوم بالنصف وقال في المحيط ان رجع الرجل وثمان نسوة فعلى الرجل نصف الحق ولا شيء على النسوة لانهم وانه كثرت يقن مقام رجل واحد وقد بقي من النساء من ثبت بشهادتهن نصف الحق فيجعل الراجعات كأنهن لم يشهدن وهذا هو بل يجب أن يكون النصف أخماساً عنده وعندهما أنصافاً وذكر الاسيحي أن لو رجع رجل وامرأة كان النصف بينهما أثلاثاً ولو كان كما قال لما وجب على المرأة شيء وان شهد رجلان وامرأة ثم رجعوا فالضمان عليهم اذ دون المرأة لان الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد

والنسوة اه (قوله ولهذا لا تقبل شهادتهن إلا بانضمام رجل) فصارت شهادة عشر نسوة كشهادة امرأتين اه غايه (قوله ولا يبي حنيفة) أي لا يبي حنيفة أن الشرع جعل شهادة امرأتين عند الاختلاط بمنزلة شهادة رجل واحد فتصير شهادة عشر نسوة بمنزلة شهادة خمسة رجال فصار كأن الشهود كانوا ستة رجال فرجعوا جميعاً فوجب الضمان أسداساً اه غايه (قوله كان عليهن نصف الحق بالاتفاق) على اختلاف التخرج فعندهما ما لان الثابت بشهادتهن نصف المال وعنده (١) اه فتح (قوله) لانه بقي من يبقى به نصف الحق وهو الرجل) كما لو شهد ستة رجال ثم رجع خمسة ثم ليست احداهن أولى بضممان النصف من الاخرين اه فتح (قوله وذكر الاسيحي أن لو رجع رجل وامرأة الخ) ما ذكره في المحيط وكذا في الاختيار على قولهما وما ذكره الاسيحي بناء على قول أبي حنيفة بتدليل ما ذكر آخر المسئلة من قوله ولو رجع الرجل وامرأة فعليه النصف كله عندهما

الخ فلا نسو اذا كذا أفاد شيخنا البرهان الطرابلسي اه (قوله وان شهد رجلان وامرأة) قال الانقائي هذه من مسائل المبسوط وانما لم يجب الضمان على المرأة لانه لم يقض بشهادتها لانها نصف شاهد فلا يضاف الحكم الى بعض العلة اه (١) قوله وعنده كذا في الاصل ولعل في الكلام سقط آخر اه معجمه

(قوله بخلاف ما إذا شهد رجلان وامرأتان) أي ثم رجعا فافضما أن ثلاث لأن المرأتين قامت مقام رجل واحد فكأنه شهد ثلاث رجال
 اه (قوله ولو شهد رجل وثلاث نسوة الخ) قال في الشامل في قسم المبسوط شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجعا فافضما أن ثلاث نسوة ضمن الرجل
 والمرأة نصف المال إلا في قيام قول أبي حنيفة وعنده ما يضمن الرجل نصف المال ولا تضمن المرأة لأن عندهما ما الثابت بشهادة
 النساء نصف الحق وبقي بشهادة المرأتين نصف الحق وعنده أبي حنيفة الحق بشهادة (٣٤٧) الرجال والنساء على الشيعي

ثم تقام كل امرأتين مقام رجل
 رجل وثلاث نسوة يقين
 مقام رجل ونصف فان
 رجعا جميعا فعندهما
 أنصافا وعندهما أنصافا على
 النسوة ثلاثة أنصاف إلى
 هنا لفظ الشامل اه اتقاني
 (قوله في المتن وان شهد
 رجلان عليه أو عليها
 بشكاح بقدر مهرها
 ورجعنا بضمنا) قال الاتقاني
 وانما يجب الضمان لأن
 الضمان يستدعي المماثلة
 لقوله تعالى فاعندوا عليه
 بمثل ما اعتدى عليكم ولا
 مماثلة بين العين والمنفعة
 التي هي العرض أعني منفعة
 البضع فلا يجب الضمان
 كافي أنلاف سائر المنافع
 المغصوبة حيث لا يجب
 الضمان عندنا خلافا للشافعي
 ولأن منفعة البضع لا قيمة
 لها عند الخروج عن ملك
 المرأة ألا ترى أن امرأة
 مريضة تزوجت نفسها
 بأقل من مهر المثل لم يجب
 لها كمال المهر بخلاف ما لو
 باعت في مرض موتها شيئا
 بأقل من قيمته وانما لم يجب
 للبضع قيمة عند الدخول
 في ملك الزوج أبانة لخطور

فلا يضاف الحكم اليه بخلاف ما إذا شهد رجلان وامرأتان ولو شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجعا
 فعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف وعنده عليه الجمان وعليهن ثلاثة أنصاف على
 الأصل الذي تقدم ولو رجعا الرجل وامرأة فعليه النصف كله عندهما ولا يجب على المرأة شيء وعنده
 عليه وعلى الراجعة أنصافا على ما تقدم قال رحمه الله (وان شهد رجلان عليه أو عليها بشكاح بقدر مهر
 مثلها أو رجعا بضمنا) سواء كانت هي المدعية أو هو وممراده هذا بقوله عليه أو عليها لأن المشهود عليه
 أن تلقا عليه شيئا بعوض يقابله والاتلاف بعوض كالاتلاف فان قيل هذا يستقيم في حقها لأنهما أنلقا
 عليها البضع بعوض متقوم وأما في حق الزوج فغير مستقيم لأن البضع غير متقوم وأنلقا عليه المال المتقوم
 بمقابلته فوجب أن يضمنا له مطلقا قلنا البضع متقوم بماله دخوله في الملك والكلام فيه قال رحمه الله
 (وان زادنا عليه ضمناها) أي ان زادنا على مهر المثل ضمنا الزيادة هذا اذا كانت هي المدعية للشكاح وهو ينكر
 لأنهما أنلقا على الزوج قدر الزيادة بلا عوض ولم يذكر الحكم فيما إذا شهدا عليها بالشكاح بأقل من مهر
 المثل فكأنهما أنما لا يضمنا لهما شيئا لأن منافع البضع غير متقومة عند الاتلاف فلا يضمن بالمتقوم إذ
 التضمن يستدعي المماثلة وانما يضمن ويتقوم بالملك ضرورة أبانة خطور المحل فصار الأصل أن المشهود
 به إذا لم يكن مالا كالقصاص والنكاح لا يضمن المشهود عندنا خلافا للشافعي رحمه الله تعالى وان كان
 مالا فان كان الاتلاف بعوض بماله فلا ضمان عليهم لما ذكرنا وان كان بعوض لا به مدله لا يضمن
 بقدر العوض ويضمن الزيادة لخطورها عن العوض وتخرج المسائل على هذا ولو شهدا عليها بقض مهرها أو
 بعضه ففقدى بشهادتهما القاضي ثم رجعا فاضمنا لهما لأنهما أنلقا عليها مالا وهو المهر قليلا كان أو كثيرا دون
 البضع ولو شهدا عليها أنه تزوجها على ألف ومهر مثلها خمسة مائة وانها قبضت الألف وهي تنكر فقضى
 بشهادتهما ما ثم رجعا فاضمنا لهما مهر المثل لا المسمى لأن حق الاستيفاء لم يثبت لهما فيه إذ لم يقض بوجوبه لأن
 القضاء بالنكاح مع قبض المهر قضاء بإزالة ملكها عن المعقود وعليه لا قضاء بالمسمى لأنه اذا كان مقبوضا
 لا يحتاج إلى القضاء به فلم تقع الشهادة بالقبض أنلاف المسمى لعدم وجوبه أصلا بل وقعت أنلاف البضع
 فيضمنان قيمته هكذا ذكره في التحرير وهو وارد على ما ذكرنا من قبل من المذهب من حيث أنه أوجب
 على المشهود قيمة البضع مع عدم وجوبه بالقضاء ومقتضى المذهب أن لا يجب شيء على ما بينا وهو أن
 منافع البضع غير متقومة عند الاتلاف وانما يتقوم على الزوج عنه فملكها أيامه ولو شهدا بالنكاح على
 ألف ولم يشهدا بالقبض حتى قضى به ثم شهدا بالقبض ثم رجعا عن الشهادة بضمنا المرأة ألفا لأنهما
 لما شهدا بالنكاح بألف ثبت لهما حق الاستيفاء لأن الألف قد تقرر عليه بالقضاء بالنكاح ثم شهدا بضمنا
 أنلقا عليها ذلك فيضمنان جميعه ولو ادعى على امرأة أنه تزوجها على مائة وقالت تزوجني على ألف وذلك
 مهر مثلها فأقام الزوج شاهدين بما ادعى وقضى له بذلك وقد دخل بها ثم رجعا فاضمنا لهما تسعة مائة في قول
 أبي حنيفة ومحمد رحمه الله تعالى ولم يضمنا شيئا في قول أبي يوسف رحمه الله وهو بناء على مسألة النكاح
 في اختلاف الزوجين في المهر فعندهما القول قولها إلى مهر مثلها ولو لا شهدا بضمنا ما قضى لهما عليه بألف
 فألقا عليها من ذلك تسعة مائة فيضمنانه وعنده القول قوله فلم تلقا عليها شيئا وهذا يبين أن المراد بقوله

الحل اه كلام الاتقاني رحمه الله (قوله قلنا البضع متقوم حال دخوله الخ) وفي النخبة ومنافع البضع تعتبر ما لا عند الدخول فصلحت
 عوضا ولهذا يجوز لأب أن يزوجه ابنة الصغير بمهر المثل من مال الصغير والأب لا يملك إزالة مال الصغير إلا بعوض ولا يملك الأب خلع ابنته
 الصغيرة بما لها وان كان المسمى مثل مهر المثل اه كافي (قوله في المتن وان زادنا) وفي بعض النسخ زاد بلفظ الافراد وعليها شرح العيني
 اه (قوله لأنهما أنلقا على الزوج قدر الزيادة بلا عوض) حيث لم يدخلا بأكثرها شيئا اه

الآن يأتي شيء مستنكر ما لا يصلح أن يكون مهرا في الشرع وهو ما دون عشرة دراهم وإن ألتفاه منفعة
 بأن شهدا أنه أكرى دابته بمائة وأجر مثلها مائتان فركبها ثم رجعا لم يضمنان كان المدعى هو المستأجر
 والمنكر صاحب الدابة لأنهما ألتفعا على صاحب الدابة بمجرد المنفعة من غير عقد ولا شبهة عقد وذلك لا يوجب
 الضمان لما عرف وإن كان المدعى صاحب الدابة والآخر يتنكر ضمانه ما زاد على أجر المثل لأنهما ألتفعا
 عليه ذلك القدر بلا عوض وقد رآجر المثل بعوض فلم يضمنه قال رحمه الله (ولم يضمن في البيع الأمانة نقص)
 يعني إذا شهدا على البائع بأنه باع ثم رجعا عن الشهادة لم يضمنه إذا كان البيع بثمن القيمة أو أكثر لأنهما
 ألتفعا عليه المبيع بعوض بعدله أو يفوقه والاتلاف بعوض كالاتلاف وإن شهدا عليه بأنه باع بأقل من
 القيمة ضمننا النقصان لأن ذلك القدر ألتفاه عليه بلا عوض ولا فرق في ذلك بين أن يكون البيع بخيار
 الشرط للبائع أو كان بالتالان السبب هو البيع السابق فيضاف الحكم اليه عند سقوط الخيار بغير المدة
 فيكون التلف مضافا اليهما فإن قيل البيع بشرط الخيار للبائع لا يزال ملك البائع عن المبيع وقد كان
 ممكنا من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع في المدة فإذا لم يفعل فقد رضى بالبيع فوجب أن لا يضمنه
 شيئا قلنا السبب الموجب لزوال الملك هو البيع المشهود به وإن تأخر حكمه وهو زوال الملك ولهذا يستحق
 المشتري المبيع زوائده عند النفاذ فكان الاتلاف حاصلًا بشهادتهما فيضمنان وهذا لأن البائع كان
 منكر المبيع فلا يمكنه أن يتصرف بحكم الخيار لأنه يصير كالقمر بالبيع فيتناقض كلامه عند الناس
 فيكون كاذبا عندهم فيستوفاه حذرا من ذلك حتى إذا أجازته باختياره ليس له أن يرجع على الشهود لأنه
 ألتفاه بمباشرة ولا يضاف الحكم إلى السبب مع وجود المباشر هذا إذا شهدا بالبيع ولم يشهدا بنقص الثمن
 وإن شهدا بنقص الثمن مع انهما شهدا بالبيع ينظر فإن شهدا بالبيع بألف مثله ففقدى به القاضي ثم شهدا
 عليه بعد القضاء بقض الثمن فقضى به ثم رجعا عن الشهادتين ضمننا الثمن لأن الثمن تقدر في ذمة المشتري
 بالقضاء ثم ألتفاه عليه بشهادتهما بالقضاء فيضمنانه وإن كان الثمن أقل من قيمة المبيع يضمنان الزيادة
 أيضا مع ذلك لأنهما ألتفعا عليه هذا القدر بشهادتهما الأولى وإن شهدا عليه بالبيع وقبض الثمن جلة
 واحدة فقضى به ثم رجعا عن شهادتهما تجب عليهما القيمة فقط لأن القاضي يتنقض بالبيع لا بوجوب الثمن
 لأن القضاء بالثمن يقارنه ما يوجب سقوطه وهو القضاء بالقضاء والقضاء بالشيء إذا اقترن به ما يوجب
 بطلانه لا يقضى به ولهذا قلنا لو شهد شاهدان بالبيع والأقالة دفعة واحدة أن القاضي لا يشتغل بالقضاء
 بالبيع لا اقتران ما يوجب انفساخه وهو القضاء بالأقالة فكذا هنا ولو شهدا على رجل بالشراء فقضى به
 ثم رجعا فإن كان بثمن أقل لم يضمنا للمشتري شيئا لأن الاتلاف بعوض لا يكون اتلافًا في المعنى على
 ما بينا وإن كان بأكثر من قيمته ضمننا ما زاد على قيمته للمشتري لأنهما ألتفعا عليه الزائد بغير عوض فيضمنانه
 له وكذا إذا شهدا عليه بالشراء بشرط الخيار للمشتري وأجازا البيع بغير المدة وإن جازا به لا يضمنان
 على ما بينا في حق البائع قال رحمه الله (وفي الطلاق قبل الوطء ضمننا نصف المهر) يعني إذا شهدا بأنه
 طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمننا الزوج نصف المهر لأنهما كذا عليه ما كان على شرف
 السقوط لأن احتمال ارتدادها وتقبيل ابن زوجها ثابت فيجوز أن يوجد ذلك منها فيسقط المهر به
 وللتأكيدهم الإيجاب فصار كأنهما أوجبا عليه ألا ترى أن المحرم إذا أخذ صيدا فقتله آخر في يده يلزم
 الأخذ بالجزاء ثم يرجع به على القاتل لأنه فرغ عليه ما كان على شرف الزوال بالنسيب والتقرير بحكم
 الإيجاب ولأن الفرق قبل الدخول في معنى الفسخ فلا يوجب شيئا إذا لم تكن من جهته وهم بإضافة
 الفرق إليه ألزاما لنصف المهر فيضمنان له ذلك ويتنقض هذا خمسة ثلثين ذكرهما في التعرير أحدهما
 امرأته لها على رجل ألف درهم مؤجل فشهد شاهدان أنه حال فأخذته منه ثم ارتدت والعمياء بالله
 ولطقت بدار الحرب وسييت ثم رجع الشهود عن شهادتهما لا يضمنون وهذا الدين كان على شرف
 السقوط لأنه لو كان مؤجلا على حاله لسقط بارتدادها والثانية لو أن رجلا قتل امرأة قبل أن يدخل

(قوله وهو ما دون عشرة دراهم) وقد تقدم في كتاب النكاح أن المراد به ما يستنكر عرفا هو الأصغر
 هـ

(١) قوله منه هو اسم فاعل
من أنهن كاهن ظاهر اه
مصححه

(قوله في المن ولم يضمنوا لو
بعد الوطء) قال في التحفة
ولو شهدا على رجل أنه
طلق امرأته ثلاثا وقد دخل
بها وقضى القاضي ثم رجعا
لم يضمنوا الا ما زاد على مهر
المثل لان تدة المهر اتلاف
بعوض وهو استيفاء منافع
البضع ولو كان قبل الدخول
ان كان المهر مسمى ضمنا
النصف وان لم يكن المهر
مسمى يضمنان المتعة لان
ذلك تلف بشهادتهم ولم
يحصل له بقابله عوض اه
اتقاني

بها وزوجها حتى لزمه جميع المهر لا يرجع على القاتل وان وجد التأكيده منه اذ لو لا قتله لكان احتمال
السقوط ثابتا ولكن نقول القاتل (١) منه للثبوت والشئ بانتهائه برة روي الدين المؤجل ثابت في الخلل وانما
تأخرت المطالبة ولهذا الوات من عليه الدين يحل ولم يؤثر كذا بشهادتهم ماشيا اذ تحصيل الحاصل محال أو
نقول لان سلم بان دينها يسقط بل يكون لو رثتها وتوفى به ديونها فلا يسقط فبطل السؤال من الاصل
والابن اذا كره امرأته أبيه فزنى بها يلزم أباه نصف المهر ثم يرجع به على الابن لان الابن باكرامه اباها ألزم أباه
نصف المهر فصارت نظير الشهود ولو رجع الشهود بعد موت الزوج غرموا للورثة لانهم قائمون مقامه ولم
ترث لوقوع الفرقة بالقضاء قبل موته ولو شهدا بعد موت الزوج أنه طلقها في حياته قبل الدخول بهما ثم
رجعا لم يضمنوا للورثة لان الشهادة وقعت لهم وهم ضمنوا للمرأة نصف الصداق والميراث لان المهر كان مؤكدا
ظاهرا بالموت بحيث لا يسقط بسقط وكذا الميراث كان واجبا لها بعونه فلهما ما بهما من الشهادة اذ بطل عليها
نصف ما مؤكدا من المهر ورثا ما بالظاهر فيضمنان لها ذلك ذكره في الكافي قال رحمه الله (ولم يضمنوا لو
بعد الوطء) يعني لو شهدا أنه طلقها بعد ما دخل بها ففقدت بشهادتهم ما رجعوا عن الشهادة لم يضمنوا لان المهر
تأكد بالدخول لبشهادتهما وقال الشافعي رحمه الله تعالى يضمنان للزوج مهر المثل وكذا اذا قتلها
قاتل يضمن القاتل للزوج مهر المثل عنده وكذا اذا ارتدت المرأة يجب عليها أن تعزم للزوج نصف المهر
لان البضع متقوم ألا ترى أنه متقوم حال الدخول حتى لا يتصور أن يتلف بالاعوض فكذلك عند دخوله
عن ملكه لانه انما يخرج عن ملكه عين ما دخل في ملكه فبقدر ضرورية تقوم في احدي الحالتين ان تقوم
في الحالة الاخرى كذلك اليمين ولما أن ملك الزوج ضروري فلا يظهر الا في حق استيفاء منافع البضع
ألا ترى أنه ليس له أن يضمن المتلف بالوطء شيئا حتى لو وطئت بشبهة كان العتق لها ولو كان ملكه متقوما
لكان له وان كان أن يزوجها من انسان كذلك اليمين ولان الضمان من شرطه الممانعة ولا مماثلة بين البضع
والمال لا صورة ولا معنى فلا يكون مضمونا وأما عند دخوله في ملك الزوج فالتقوم هو المألول دون
الملك الوارد عليه وتقوم له لظاهر خطر ذلك المحل حتى يكون مصوناً عن الابتذال ولا يعلل مجازا فان ما عاك
مجا بالاعظم خطره عند اصابته وذلك محل له خطر مثل النفوس لان النسل يحصل به وهذا المعنى
لا يحصل في طرف الازالة فانما لا تملك على الزوج شيئا لكن يسقط عنها ملك الزوج ألا ترى أن ما هو
مشروط لمعنى الخطر عند التملك كالشهود والولي لا يشترط شيء منه عند الازالة ولكنه غير متقوم حالة
الخروج دون الدخول ليس له أن يخاف ابنته الصغيرة على ما لها من زوجها وليس له أن يزوج ابنته الصغيرة
على ما له بخلاف ملك اليمين فانه ملك مال والمال مثل المال فعند الاتلاف يضمن بالمال قال رحمه الله (وفي
العتق ضمنا القيمة) أي اذا شهدا باعتاق عبد فحكم الحاكم بعنته ثم رجعا عن الشهادة ضمنا قيمة العبد
اسببه لانهم اتلفا عليه مالية العبد من غير عوض والوالد الذي شهدا عليه بالعتق لان العتق لا يتحول
اليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولاء ولا تمتنع وجوب الضمان عليهم ما ثبتت الولاء للولي لان الولاء ليس
بمال متقوم بل هو كالنسب لقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لغة كلهم النسب فلا يكون الضمان
بدل عنه بل عما اتلفا عليه من ملك المال وهذا الضمان لا يختلف بين أن يكونا موسرين أو معسرين لانه
ضمان اتلاف الملك بخلاف ضمان الاعتاق لانه لم يتلف الا ملكه ولكنه مع ذلك لزم منه فساد ملك صاحبه
فأوجب الشارع عليه المواساة صلة والصلات تحجب على الموسر دون المعسر كالزكاة ونفقة الاقارب
ولو شهدا عليه بأنه دبره ففقدت القاضي بذلك ثم رجعا ضمنا ما نقصه التدبير لانهم أوجبا للعبد حق العتق
وبذلك تنقص ما يتيه فاذا مات المولى عتق ان خرج من الثلث ويضمنان للورثة بقيمة بقتله ولو لم يكن له مال
سواء عتق ثلثه وسعي في ثلثيه ويضمنان للورثة ثلث قيمته وان كان العبد معسرا يضمنان جميع قيمته
مدبرا ويرجعان به عليه اذا أيسر ولو شهدا أنه كاتب عبده ففقدت بالكتابة ثم رجعا ضمنا قيمته كلها
لانها حال بينه وبين عبده فصارتا كالتغاصب له بخلاف التدبير ثم الشاهدان يتبعان المكتاب بالكتابة

على نحو مهالهم ما قام مقام المولى في ذلك حين ضمننا قيمته وكان من قضية الضمان أن يملكه كيلا يجتمع
البدلان في ملك شخص ليكن المالك لا يقبل النقل من ملك إلى ملك ولا يعتق المالك حتى يوثق
ما عليه كما كان قبل رجوعهم فاذا أدى عتق والولاء للمولى لانه هو المالك له وانما الشاهدان قاما مقامه
في أخذ بدل الكتابة منه لا غير فأدوا بهما كادائهما إلى المولى ويطيب لهما ما أخذ من المالك ان كان
بدل الكتابة مثل قيمته أو أقل وان كان أكثر تصدقا بالفضل وان عجز ورث في الرق كان لمولاه لان رقبته لم
تصر ملكا للشاهدين لما ذكرنا ويرد المولى ما أخذ من الشاهدين لان الخيلولة قد بطلت بهما المالك
فصار نظير ما اذا غصب المدين براقب عنده فضمنه المولى قيمته ثم جاء من الاباق فانه يجب على المولى أن يرد على
الغاصب ما أخذ منه فكذلك اذا ولو اختار المولى أن يتبع المالك ولا يضمن الشهود كان له ذلك ولو
شهد أنه أقر أن أمته ولدت منه والمولى ينكر ففضى القاضي بذلك ثم رجعا فانه على وجهين إما أن
يكون معها ولدا ولم يكن وكل وجه على وجهين إما أن يكون الرجوع هنا حال حياة المولى أو بعد وفاته
فان لم يكن معها ولد وكان الرجوع حال حياة المولى فانه ما يضمنان للمولى نقصان قيمته فاذا مات المولى
عتقت فيضمنان للورثة باقى قيمته لانه لو لا شهادتهما لورثته ففوتوا عليهم هذا القدر وان رجعا بعد
موت المولى ضمننا جميع قيمته للورثة لا تلافهما ذلك عليهم وان كان معهما ولد ورجعا حال حياة المولى ضمننا
نقصان قيمته لما ذكرنا وضمننا جميع قيمة الولد لانه لو لا شهادتهما كان عبد الله ففوتوا عليه ذلك فاذا مات
المولى بعد ذلك ان لم يكن مع الولد شريك في الميراث لا يضمنان له شيئا ويرجعان على الولد بما قبض الاب
منهم ما لان من زعم الولد ان رجوعهما باطل وقبض الاب الضمان كان بغير حق فيكون مضمونا عليه
فيؤدى من تركته ان كان له تركه والا فلا شئ على الابن لان من أقر على مورثه بدين وليس له تركه لا يجب
عليه شئ وان كان معه شريك فان الشاهدين يضمنان لشريكه نصيبه من قيمة الولد ومن باقى قيمة الام
ويرجعان على الولد بما قبض الاب منهم ما ذكرنا وان ترك ما لا ولا يرجعان بما أخذ منه ما شربكه لانه في
زعمه ظلمهما فالا يظلم هو وكذا في زعمهما فالا يظلمه ولا يضمنان لشريكه ما أخذ من الولد بالارث وان رجعا
بعد وفاة المولى فان لم يكن للولد شريك فلا ضمان عليهما لانه هو الوارث وحده وهو يكتسب ما في الرجوع
وان كان له شريك في الميراث يضمنان له حصته من قيمة الولد ومن جميع قيمة الام ولا يضمنان له ما ورثه
الولد ولا يرجعان على الولد هنا بما أخذ منه ما شربكه لان هذا ظلم شريكه لا ظلم أبيه فلم يكن ذلك ديناً على
الميت حتى يقدم على الارث وانما يجب عليهم أن يضمننا جميع قيمته هنا لانهم ما تلقاها عليهم ولم يضمننا
من قيمته اسماً للمولى بخلاف المسئلة الاولى هذا كله فيما اذا كانت الشهادة حال حياة المولى وان شهدا بعد
وفاته والمسئلة بجهاها ففضى بشهادتهما القاضي ثم رجعا فان لم يكن معهما ولد ضمننا جميع قيمته للورثة
لما ذكرنا وان كان معهما ولد ضمننا قيمته او قيمة الولد كلها وما أخذ من الولد بالارث بخلاف ما اذا كانت الشهادة
في حال حياة المولى حيث لا يضمنان ما أخذ من الولد من التركة والفرق بينهما ان الشهادة في حال الحياة
لا تكون شهادة بالمال والميراث لانه يجوز أن يموت الابن أو لا فيرثه الاب قبل ان تكون شهادتهما اتلا بالمال
فلا يضمنان وأما بعد الموت فشهادتهما وقعت على المال فتكون اتلا فانه فيضمنان ذلك كله حتى الولد
نفسه لانه لو لا شهادتهما كان عبداً براً لله سم قال رحمه الله (وفي القصاص الدية ولم يقتصا) أى فيما
اذا شهدا بوجوب القصاص على شخص بأن شهدا أنه قتل فلانا عمداً ففضى القاضي به فقتل ثم رجعا
يجب عليهم الدية ولا يقتص منهم وقال الشافعي رحمه الله يقتص منهما لانهم اتسبوا بقتله فصارا كالملك
بل أولى لان الولي يعان والمكره يمنع فكانت الشهادة أفضى الى القتل وأولى بوجوب القصاص عليهم
ولنا انهم اتسبوا بقتله وليس بالعاجئين اذ الولي بالخيار ان شاء قتل وان شاء غفرل جانب العفو مترج والتسبب
لا يوجب القصاص كقهر البئر ولان القصاص نهاية العقوبة فلا يجب الانبهاة الجنابة وهو القتل مباشرة
عدا بآلة صالحة له ولم يوجد ذلك هنا لان الشهادة ليست بقتل حقيقة وانما تصير قتل بواسطة ليست في يد

(قوله فان الشاهدين يضمنان
لشريكه نصيبه) أى اذا لم
يقبض الاب منهما ما غير
نقصان قيمة الام اه (قوله
ويرجعان على الولد بما
قبض الاب) أى من نقصان
قيمة الاب اه (قوله فصارا
كالملك) وهذا لان
الشاهد كالملكه أيضا
للقاضى على قضائه فانه لو لم
يروجب القضاء على نفسه
بعد الشهادة يكفر ولو رأى
وأخر يفسق ثم المكره يجب
عليه القصاص في الطريق
الاولى أن يجب على الشاهد
اه غايه (قوله لان الولي
يعان) أى يعان على استيفاء
القصاص من جهة المسلمين
اه (قوله والمكره يمنع)
بفتح الراء اه اتقانى وقال
الكاكى قوله والمكره يمنع
بنصب الراء على صيغة اسم
المفعول لان الشاهد بمنزلة
المكره بكسر الراء والولى
بمنزلة المكره اه

(قوله ولا يصير به ملجأ)
تقدم أنه يعزى لولم يقض بعد
شهادة الشهود اه قارئ
الهداية (قوله بخلاف المكره)
بفتح الراء اه غايه (قوله
في المتن وان رجع شهود
الفرع ضمنوا) اعلم أن
شهود الفرع اذا رجعوا
عن شهادتهم في مجلس
القاضي بعد القضاء
بشهادتهم ضمنوا المشهود به
لأن اتلاف المشهود به حصل
بادائهم الشهادة في مجلس
القاضي فكان الاتلاف
مضافا الى شهادتهم فوجب
عليهم الضمان اه اتقاني
(قوله في المتن لاشهود الاصل)
قال في الهداية ولورجع
شهود الاصل وقالوا لم نشهد
شهود الفرع على شهادتنا
فلا ضمان عليهم قال الاتقاني
هذا لفظ القدوري في مختصره
ولم يذكر فيه الخلاف بين
أصحابنا وكذلك أثبت
صاحب الهداية مطاقا بلا
ذكر الخلاف وقال في شرح
القدوري للشيخ الامام أبي
نصر البغدادي هذا الذي
ذكره قول أبي حنيفة وأبي
يوسف وقال محمد بن عوف
وهو رواية عن أبي حنيفة
الى هنا لفظه رحمه الله (قوله
فيما اذا قالوا أشهدناهم
وغلطنا) اعلم أن الفرعين
لا ضمان عليهما في هذه
الصورة بالاتفاق لانهما
لم يرجعا عما شهدا اه
اتقاني

الشاهد وهو حكم الحاكم واختيار الولي قتل المشم ودعليه والفعل الاختياري من المباشر يقطع النسبة
الى المتسبب كدلالة السارق وفتح باب القفص وحل قيد العبد فلم يوجد منه القتل حقيقة لعدم مباشرة
ولا حكم لعدم الاجلاء لان الملجأ هو الذي يخاف العقوبة الذموية على نفسه فيؤثر نفسه بالطبع فيكون
كمسلوب الاختيار ولم يوجد ذلك في حق الولي ولا في حق القاضي لان القاضي انما يخاف العقوبة في
الآخرة ولا يصير به ملجأ لأن كل واحد يقيم الطاعة خوفا من العقوبة في الآخرة ولا يصير بذلك مقهورا
والولي مباشر القتل باختياره وليس عليه حرج في العقوب بل هو مندوب اليه فكيف يتأني الاكراه في حقه
بخلاف المكره فان المكره يؤثر حياته فيقدم على القتل فيمنسب الفعل الى المكره والمكره كالاته
ولان أقل أحواله أن يكون شبهة والقصاص يسقط بهادون الدية لأن المال يجب مع الشبهة وان رجع
الولي معهما أو جاء المشهود بقتله حيا فالولي باختيار ان شاء ضمن الولي الدية وان شاء ضمن الشاهدين لان
الولي متلف له حقيقة والشاهدان متلفان له حكما والاتلاف الحكمي مثل الحقيقي في حكم الضمان
وأيهما ضمن لا يرجع على صاحبه عند أبي حنيفة رحمه الله وكذا عنددهما ان ضمن الولي وان ضمن
الشاهدين فلهما أن يرجعا على الولي لانهم اعملا من له في الشهادة فيرجعان عليه عما لحقهما بها كالمشهدا
له بقتل الخطأ فقتل له بها وأخذ الدية ثم رجعوا جميعا وهذا لانهم لما ضمنوا قامة مقام الولي وان لم يملكوا
القصاص فيرجعان عليه كغاصب المدر اذا غصب منه آخر فهلك عند الثاني واختار المولى تضيي
الغاصب الأول فضمنه للغاصب أن يضمن الغاصب منه لانه لما ضمن قام مقام المولى وان لم يملك المدر
وهذا لان القصاص مما يملك في الجملته حتى ملكه المولى ورثته اذا مات من له القصاص وله بدل متقوم
يحمّل للتلأ فيكون السبب معتبرا على أن يعمل في بدله عند تعذر اعماله في الاصل كالتأمين على من السماء
ينعقد في ايجاب الكفارة الذي هو خاف عن البر ما كان الأصل هو البر وهو متصور الوجود عقلا وكذا
شهود الكتابة اذا رجعوا وضمنوا المولى القيمة كان لهم أن يرجعوا بها على المكاتب وان لم يملكوا منه شيئا
ولا أبي حنيفة رحمه الله ان الشهود ضمنوا الاتلافهم المشهود عليه حكما والمتلف لا يرجع عما ضمن بسببه
على غيره كالولي وهذا لانهم لم يكونوا متلفين لما ضمنوا مع المباشر الا يعتبر بحجود التسبب مع المباشر
ألا ترى أن الحافر لا يعتبر مع الدافع فثبت بهم هذا أنهم جناة ومن ضمن بجنايته لا يرجع على غيره وأما في
الخطا فانما يرجعان عليه لانهم لما ضمنوا ما كاد الية وقد أتلفه القابض بصرفه الى حاجته فيرجعان عليه
وانما ينعقد السبب موجبا للحكم على أن يعمل في بدله ان لو كان السبب مما يتصور وجود حكمه ولا يتصور
وجود الملك في القصاص بالضمنان بحال فلا ينعقد في حق خلفه كالتأمين الغموس ولو كان القصاص ملكا
لإنسان حقيقة لم يضمنه المتلف عليه بأن قتله شخص أو شهد عليه شهودا بالعمى ثم رجعوا لا يضمن القاتل
ولا الشهود شيئا لولي القاتل وانعقاد السبب لا يكون أقوى من وجود الملك حقيقة وبهذا فارق مسئلة
غصب المدر والمكاتب فانه فيه لو كان ما كاد حقيقة كان يضمنه المتلف عليه فكذا اذا جعل كالمالك
حكما باعتبار انعقاد السبب له فيكون له أن يرجع بالبدل لذلك قال رحمه الله (وان رجع شهود الفرع
ضمنوا) لان الاتلاف مضاف الى شهادتهم لصدورها منهم في مجلس الحكم قال رحمه الله (لاشهود الاصل
لم نشهد الفرع على شهادتنا أو أشهدناهم وغلطنا) أي لا يضمن شهود الاصل بقولهم لم نشهد شهود
الفرع أو بقولهم أشهدناهم وغلطنا لان القضاء وقع بشهادة الفرع اذا قضى بغير عاين من
الحجة وهى شهادة الفرع وهذا لانهم بقولهم لم نشهدهم أنكروا السبب أصلا وهو الاشهاد وهو خير
محتمل للصديق والكذب فلا يبطل القضاء به ولا يلتفت الى كلامهم بعد القضاء بخلاف ما اذا قالوا ذلك
قبل القضاء حيث لا يقضى به لانكارهم التعميل وهو شرط فيها وقال محمد رحمه الله يضمن شهود الاصل
فيما اذا قالوا أشهدناهم وغلطنا لان الفرع قاموا مقام الاصول في نقل شهادتهم الى مجلس القاضي
فيحصل القضاء بشهادة الاصول فلهذا تعتبر عدالتهم فصار كأنهم هم حضروا بأنفسهم مجلس القاضي

فشهدوا ثم رجعوا بخلاف ما إذا قالوا لم نشهدهم على شهادة تناحيث لم يضمنوا لانهم لم يرجعوا وانما أنكروا التضمين ولا يبي حنيفة وأبي يوسف رجعهم ما الله أن الموجود من الأصول شهادة في غير مجلس القاضي والشهادة في غير مجلسه لا تكون سببا لانلاف شيء فلا يلزمهما الضمان وهذا لان الشهادة مختصة بمجلس القاضي ولهذا اختصر الرجوع به بناء عليه لتناسب ولا نافع قول ان الفروع نافية عن ضمانهم في نقل شهادتهم الى مجلس القاضي فانهم بعد الاشهاد لم يضمنوا عن أداء الشهادة كان عليهم الأداء اذا دعاهم المدعى اليه ولو كانوا ناسئين عن الأصول لما كان لهم ذلك بعد المنع ولكنهم يشهدون على ما تكلموا وهو اشهاد الأصول اياهم على شهادتهم فصار كالمشهد واعلى نفس الحق وعلى هذا الرجوع الأصول بأن قالوا أشهدناهم على ذلك ولكننا رجعنا عن ذلك عندهما يضمنون وعنده يضمنون والوجه قد يبناء من الجانبين قال رحمه الله (ولو رجع الأصول والفروع ضمن الفروع فقط) لان الانلاف حصل بالشهادة الموجودة في مجلس القاضي وهي من الفروع مباشرة من كل وجه والأصول مسببون للتلف من وجه وقد عرف أن المباشر والمسبب اذا اجتمع ما وقع مائة ثمان كان الضمان على المباشر دون المسبب وهذا عندهما وقال محمد رحمه الله تعالى المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الأصول وان شاء ضمن الفروع لان القضاء وقع بشهادة الفروع من حيث ان القاضي عاين الشهادة من الفروع ووقع بشهادة الأصول من حيث ان الفروع ناسبون عنهم ونقلوا شهادتهم بأمرهم فيضمين أي الفروع بين شاء والجتهتان متغايرتان لان شهادة الأصول على أصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الأصول أو تقول احدهما اشهادا والأخرى أداء الشهادة في مجلس القاضي فلا يجمع بينهما في التضمن بل يجعل كل فريق كلنقرد فيكون له الخيار كالغاصب مع غاصب الغاصب وهذا لان التلف يثبت بالنقل والاشهاد والنقل من الفروع والاشهاد من الأصول فلو لا اشهاد الأصول لما تمكن الفروع ولولا نقل الفروع لما تمكن الأصول فكان فعل كل فريق في حق المشهود عليه سبب ضمان على سبيل المباشرة أما الفروع فظاهر لانهم نقلوا شهادة الأصول عند القاضي على وجه لو لم يعمل القاضي بشهادتهم ثم بأنهم وكذلك الأصول مباشرين من حيث الحكم لان أداء الفروع منقول الى الأصول لان الفروع مضطرون من جهة الأصول الى الأداء بعد الاشهاد بحيث لو امتنعوا عن الأداء أقصروا وظن القاضي لما ألجأه الشهود الى القضاء نسب اليهم فضمنوا ثم أي فريق أدى لا يرجع على صاحبه لان كلا ضمن بجنابته بخلاف الغاصب اذا ضمن حيث يرجع على غاصب الغاصب لما عرف في موضعه قال رحمه الله (ولا يلتفت الى قول الفروع كذب الأصول أو غلطوا) يعني بعد الحكم بشهادتهم لان ما مضى من القضاء لا ينعقد بقبولهم كالا ينعقد برجوعهم ولا يلزمهم غرامة لانهم لم يرجعوا وانما شهدوا على غيرهم بأنهم كذبوا قال رحمه الله (وضمن المزكرون بالرجوع) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يضمنون لانهم أشوا على الشهود خيرا فصار كما لو أشوا على المشهود عليه بأن شهدوا على احصان الزاني ثم رجعوا وهذا لانهم لم يثبتوا سبب التلف وهو الزنا مثلا ولم يتعرضوا له بالاصالة وانما أشوا على الشهود فصاروا في المعنى كشهود الاحصان ولا يبي حنيفة رحمه الله أنهم جعلوا ما ليس بواجب موجبا فصاروا بمنزلة من أثبت سبب الانلاف وبين ذلك ان الشهادة لا توجب شيئا بدون التركة وسبب التلف اشهادا وهي لا تعمل الا بانتركة فكانت التركة عليه العلة وهي بمنزلة العلة في اضافة الحكم اليها بخلاف شهود الاحصان فانهم لم يجعلوا غير الموجب موجبا لان الموجب هو الزنا وهم لم يثبتوه ولهذا يثبت الاحصان بشهادة النساء بخلاف التركة للشهود الحد لان الشهادة لا تعمل الا بما قصروا التلف مضافا اليها كما يضاف الى الشهادة ولهذا لا يجوز أن تكون النساء من يكات مع الرجال في الحدود كما لا تصلح للشهادة فيها ولولا اضافة الحكم اليه لكانت التركة فيها وهذا لان التأثير هو المعبر والعلة مؤثرة في اثبات الحكم وكذلك علة العلة مؤثرة ايضا في اعمال العلة اذا الشهادة لا توجب العمل اليها بخلاف شهود الاحصان فان ذلك ليس بعوثر في اثبات الزنا فانهم أشوا

(قوله لان شهادة الأصول على أصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الأصول) فلا يجمع بينهما في التضمن بان يقال يضمن الفريقان حق المدعى عليه أنصافا بل له الخيار في تضمين أي الفريقين شاء اه (قوله) فصاروا نظير القاضي لما ألجأه الشهود) قال العيني رحمه الله وان رجع شهود الشرط وحدهم يضمنون عند البعض والصحيح أنهم لا يضمنون بحال نص عليه في الزيادات اه (قوله في المتن ولا يلتفت الى قول الفروع كذب الأصول أو غلطوا) قال أبو محمد الناصبي في تهذيب أدب القاضي وان قال اللذان شهدا عند القاضي قد أشهدنا على شهادتهم ولكنهما كذبا في هذه الشهادة وهذا القول بعد القضاء بشهادتهم ما يلتفت اليه ولم يلزمهما الضمان وذلك لانهما يتران على غيرهما بأنهما كذبا فلا يقبل قولهما فيه اه غاية

(قوله في المتن وشهود اليمين) قال العيني صورته شهدا بتعليق العتق بشرط أو بتعليق الطلاق بشرط قبل الدخول ثم شهدا آخران بان الشرط الذي علق عليه العتق أو الطلاق وجد وقد نزل المعلق بحكمك بذلك ثم رجع الجميع فالضمان على شهود اليمين خاصة لان اليمين هي السبب والتلف انما يضاف الى من أثبت السبب دون الشرط المحض اهـ وكتب مانصه قال في الهداية واذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان بوجود الشرط ثم رجعا فالضمان على شهود اليمين خاصة قال الاتقاني وهـ هذا اللفظ القدوري في مختصره قال الشيخ أبو المعين النسفي في أواخر كتاب الايمان من شرح الجامع الكبير قيل باب اليمين في طلاق السنة وغير السنة اذا شهد شاهدان على رجل أنه قال لعبد ان دخلت الدار فأنت حر وشهدا آخران أنه دخل الدار وقضى القاضي بعتقه ثم رجعا فاضمن شاهد اليمين دون شاهدي الدخول لان العبد تلف بقضاء القاضي والقاضي قضى بعتقه بشهادة شهود العتق لان العتق يثبت عند دخول الدار بقوله أنت حر لا بدخول الدار فكان التلف مضافا الى ما أثبتته شاهد اليمين دون شاهدي الشرط قالوا في شروح الجامع ولا يلزم (٣٥٣) على هذا اذا شهدا ثلثان أنه تزوج فلان وشهدا آخران أنه دخل

عليه بقولهم انه حر مسلم تزوج امرأته نسكا كما صححنا وقد أوفى حقه ما شرعا بالدخول عليه وهذه الخصال تمنع الزنا فلا تكون موجبة له لان الزنا مذموم وهذه الخصال محمودة فهمامة اذا كان فيكف يكون أحدهما سببا لا آخر فلما لم يوجب الزنا لا يوجب الرجيم أيضا بل هو موجب الزنا عند وجود الاحصان قال رحمه الله (وشهود اليمين) أي يضمن شهود اليمين ومعنى المسئلة أن يشهدا بتعليق العتق بشرط أو بتعليق الطلاق بشرط قبل الدخول ثم رجعا عنهما فيجب عليهما ما قيمته العبد ونصف المهر لانهم شهود العلة اذا تلف يحصل بسببه وهو الاعتاق أو التطلق وهم الذين أثبتوا ذلك بشهادتهم والشرط وان كان مانعا فاذا وجد الشرط أضف التلف الى تلك الكلمة وهي العلة دون زوال المانع قال رحمه الله (الشهود الاحصان والشرط) أي لا يضمن شهود الاحصان ولا شهود الشرط وفيهما خلاف زفر رحمه الله أما شهود الاحصان فهو بقوله ان الحناية تتغلظ عنده فصارت حقيقة العلة ولانه شرط لوجوب الرجيم والشرط اذا سلم عن معارضة العلة صلح علة ألا ترى أن حافر البئر يضمن عند عدم من يلقى والحفر شرط الوقوع فيضاد اليه الحكم قلنا ان الاحصان علامة وليس بشرط حقيقة لان حقيقة الشرط أن توجد العلة بصورتها وتتوقف صيرورتها على وجود الشرط كتعليق العتق بالشرط فان العلة قد وجدت بصورتها وهي قوله عبده حر ونحو ذلك وتوقف صيرورتها على وجود الشرط وهما لورني ثم أحصن لا يرجم ولكن اذا زنى وهو محصن عرفنا أن حكمه الرجيم وهذا معنى العلامة فلم يتعلق به وجوب الرجيم ولا وجوده اذا الحكم لا يضاف الى العلامة المظهرة وأما شهود الشرط فلا يخلو إما أن يرجعوا وحدهم أو مع شهود العلة وهي التعليق فان رجعوا مع شهود اليمين لا يضمنون وعند زفر رحمه الله يضمنون لان التلف حصل بشهادة الفريقين جميعا قلنا شهود اليمين أثبتوا بشهادتهم العلة الموجبة للحكم وهو قوله أنت حر وأنت طالق والآخرون أثبتوا الشرط والشرط لا يعارض العلة في اضافة الحكم اليه لان الحكم يضاف الى علمته حقيقة لانه هو المؤثر فيه والى الشرط مجاز لانه موجود عند الشرط والمجاز لا يعارض الحقيقة وان رجع شهود الشرط وحدهم يضمنون عند بعض مشايخنا رجهم الله لان الشرط اذا لم تعارضه العلة صلح لاضافة الحكم اليه وصار علة لان العلة لم تجعل علة لذواتها

لا يضمنون كشهود الاحصان اذا رجعوا وحدهم وقال أكثر المشايخ يضمنون لانهم تسببوا في التلف بغير حق وله أثر في وجوب العلة عند الشرط فيكون سبب الضمان عند عدم العلة بخلاف الاحصان لانه يؤثر في منع وجود العلة وقال شمس الأئمة السرخسي في أصوله في تقسيم الشرط قلنا في شهود التعليق وشهود الشرط اذا رجعا فالضمان على شهود التعليق خاصة لانهم نقول المولى أنت حر وهذا بانفراد علة تامة لاضافة حكم العتق اليه فلم يكن الشرط هنا شبه العلة فلهذا لا يضمن شهود الشرط شيئا سواء رجع الفريقان أو رجع شهود الشرط خاصة وكذلك شهود التخيير وشهود الاختيار فان الضمان على شهود الاختيار خاصة لان التخيير سبب ومعارضه وهو الاختيار علة تامة للحكم مضافا اليه دون السبب فلم يضمن شهود السبب شيئا كما لا يضمن شهود الشرط الى هنا لفظ شمس الأئمة اهـ (قوله في المتن لا شهود الاحصان) صورته كما قال العيني أن يشهدا ربعة بالزنا وشهدا آخران أنه محصن ثم رجعا فالضمان على شهود الزنا لانه علة ولا ضمان على شهود الاحصان لانه علامة وليس بشرط حقيقة وقال زفر رحمه الله أيضا اهـ (قوله والشرط) قال العيني صورته ما ذكرناه في شهود اليمين اهـ

لا يضمنون كشهود الاحصان اذا رجعوا وحدهم وقال أكثر المشايخ يضمنون لانهم تسببوا في التلف بغير حق وله أثر في وجوب العلة عند الشرط فيكون سبب الضمان عند عدم العلة بخلاف الاحصان لانه يؤثر في منع وجود العلة وقال شمس الأئمة السرخسي في أصوله في تقسيم الشرط قلنا في شهود التعليق وشهود الشرط اذا رجعا فالضمان على شهود التعليق خاصة لانهم نقول المولى أنت حر وهذا بانفراد علة تامة لاضافة حكم العتق اليه فلم يكن الشرط هنا شبه العلة فلهذا لا يضمن شهود الشرط شيئا سواء رجع الفريقان أو رجع شهود الشرط خاصة وكذلك شهود التخيير وشهود الاختيار فان الضمان على شهود الاختيار خاصة لان التخيير سبب ومعارضه وهو الاختيار علة تامة للحكم مضافا اليه دون السبب فلم يضمن شهود السبب شيئا كما لا يضمن شهود الشرط الى هنا لفظ شمس الأئمة اهـ (قوله في المتن لا شهود الاحصان) صورته كما قال العيني أن يشهدا ربعة بالزنا وشهدا آخران أنه محصن ثم رجعا فالضمان على شهود الزنا لانه علة ولا ضمان على شهود الاحصان لانه علامة وليس بشرط حقيقة وقال زفر رحمه الله أيضا اهـ (قوله والشرط) قال العيني صورته ما ذكرناه في شهود اليمين اهـ

بكسر الواو وفتحها اه غايه أورد كتاب (٢٥٤) الوكالة عقيب كتاب الشهادة لان كل واحدة من الشهادة والوكالة اعانة الغير باحياء

حقه اه اتفاني (قوله وهو الخلف فقط) ومن فروع هذا الاصل الفرع الذي ذكره الشارح أول هذا الباب وقال الكمال قال الامام المحب في اذا قال لغيره أنت وكيل في كل شيء كان وكيلاً بالحفظ اه (قوله) وكذا لا يرد جواز توكيل المسلم الذي يبيع الخمر ونحوه (لانه عكس) ويرد على طرده نقض وهو أن الذي يملك يبيع الخمر بنفسه ولا يجوز له أن يوكل مسلماً ببيعها والجواب أن الذي يملك يبيع الخمر بنفسه ويملك غيره ببيعها أيضاً حتى لو وكل ذمياً بذلك جاز وانما يجوز توكيل المسلم هنا المعنى في المسلم وهو أنه أمور باجتنابها وفي التوكيل ببيعها اقتراحاً والحكمة اذا جاءت من قبل المحل لا تكون مانعة حتى لو قال فاني كل من تزوج امرأة نكاحاً صحيحاً حل له وطؤها لا يرد عليه الخائض والحكمة لاننا نقول هناك جائز أيضاً إلا أن المنع من الوطء جاء من قبل المرأة بمعنى عارض حتى اذا انعدم هذا المعنى ظهر الحل الذي ثبت بالنكاح الصحيح اه وكتب مائنه قالت الشافعية لا يجوز توكيل مسلم كافراً بقبول نكاحه لانه لا يخلو

عن شائبة العبادة اه ذكر في التارخانية في كتاب السير في نوع آخر اذا أذن الامام لشيء أن يؤمن أهل الحرب بالقبض

فإنهم جازاً منهم وليس كل من لا يملك الايمان بنفسه يجب أن لا يملك الايمان بالنسبة عن الغير الا ترى أن المسلم اذا وكل ذمياً أن الوكالة الحفظ ومنه الوكيل في أسماء الله تعالى ولهذا قلنا فممن قال وكلتك بما لي عليك الحفظ فقط وقيل تركيبه يدل على معنى التفويض والاعتماد ومنه التوكيل يقال على الله توكلنا أي فوضنا أمورنا والتوكيل تشويض التصرف الى الغير وسمى الوكيل وكيلاً لان الموكل وكل اليه القيام بأمره أي فوضه اليه واعتمد فيه عليه والوكيل القائم بما فوض اليه وهو مشروع باجماع الامة وقد وكل رسول الله صلى الله عليه وسلم حكيم بن حزام بشراء الاخشية وقال الله تعالى حكاية عن أصحاب الكهف فابعثوا أحدكم بورقكم هذه الى المدينة الآية وكان البعث منهم بطريق الوكالة وشريعتهم قبلنا شريعة لنا لما لم يظهر نسخته ولان الانسان قد يهجر عن مباشرة التصرفات وعن حفظ ماله فيحتاج الى الاستعانة بغيره أشد الاحتياج فيكون مشرعاً ودفعاً للعرج وألفاظها كل لفظ يدل على الاطلاق كقوله وكلتك أهويت وأوحيت أو رضيت أو شئت أو أردت ولو قال لأنهم لا عن طلاق المرأة لا يكون توكيلاً قال رحمه الله (صح التوكيل) لما بينا من الأدلة قال رحمه الله (وهو إقامة الغير مقام نفسه في التصرف) أي التصرف الجائز المعلوم هذا في الشرع حتى ان التصرف اذا لم يكن معلوماً ثبت به أدنى تصرفات الوكيل وهو الحفظ فقط وهو في اللغة ما بينا من قبل قال رحمه الله (من يملكه) أي من يملك التصرف لان شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف لان الوكيل يستفيد ولاية التصرف منه ويقدر على التصرف من قبله فلا يتصور أن يستفيد الولاية ممن لا ولاية له ولا قدرته على التصرف وقيل هذا على قول أبي يوسف ومحمد رحمه الله وأما على قول أبي حنيفة رحمه الله فالشرط أن تكون حاصلة بعبارة الوكيل فأما كون الموكل مالكا للتصرف فيه فليس بشرط حتى يجوز عنده توكيل المسلم الذي يبيع الخمر والخمر يروى توكيل المحرم الحلال ببيع الصيد وقيل المراد أن يكون مالكا للتصرف نظراً الى أصل التصرف وان امتنع في بعض الاشياء بعارض النهي ولا بد أن يكون الموكل ممن تلزمه الاحكام لان المطلوب من الاسباب أحكامها فاذا كان ممن لا يثبت له الاحكام لا يصح توكله كالصبي والعبد المحجور عليهما قال رحمه الله (اذا كان الوكيل يعقل العقد ولو صبياً أو عبداً محجوراً) يعني يصح التوكيل بشرط أن يكون الوكيل ممن يعقل البيع وغيره من العقود ولو كان الوكيل صبياً أو عبداً محجوراً عليهم او المراد أن يعرف أن الشراء جالب للبيع وسالب للثمن والبيع على عكسه ويعرف الغبن الفاحش من السير ويقصد بذلك ثبوت الحكم والرجح لا الهزل لان الوكيل قائم مقام الموكل في العبارة فلا بد أن يكون من أهل العبارة ليكون قادراً على التصرف وذلك بالعقل قال رحمه الله (بكل ما يعقد بنفسه) أي يجوز التوكيل بكل شيء جاز أن يعقده بنفسه لما ذكرنا من الحاجة والأدلة ولا يرد على هذا الوكيل حيث لا يجوز له أن يوكل فيما وكل فيه لان المراد به أن يعقد بنفسه لنفسه لا ما استفادته من جهة غيره من التصرفات لان ذلك بتقيد بأمره وكذا لا يرد جواز توكيل المسلم الذي يبيع الخمر ونحوه لانه عكس والنقض لا يكون الا في الطرد ويرد عليه الاستقراض فانه يجوز أن يباشره بنفسه لنفسه ولا يجوز له أن يوكل فيه حتى لو وكل به واستقرض له الوكيل كان له لا للموكل لان البدل في باب القرض لا يجب ديناً في ذمة المستقرض بالعقد وانما يجب بالقبض والامر

عن شائبة العبادة اه ذكر في التارخانية في كتاب السير في نوع آخر اذا أذن الامام لشيء أن يؤمن أهل الحرب بالقبض فإثمهم جازاً منهم وليس كل من لا يملك الايمان بنفسه يجب أن لا يملك الايمان بالنسبة عن الغير الا ترى أن المسلم اذا وكل ذمياً أن

بالقبض لا يصح لانه ملك الغير بخلاف البيع لان حكمه يثبت بالعقد فله ان يقيم غيره فيه مقامه
 ويخلاف الرسالة بالاستقراض لان الرسالة موضوعة لنقل عبارة المرسل لان الرسول معبر والعبارة ملك
 المرسل فقد أمره بالتصرف في ملكه باعتبار العبارة فيصح وأما لو كاله فغير موضوعة لنقل عبارة الموكل
 فان العبارة لو كمل ولهذا حقوق العقد ترجع اليه وعن أبي يوسف رحمه الله ان التوكيل بالاستقراض
 جائز قال رحمه الله (وبالخصوص في الحقوق برضا الخصم الا ان يكون الموكل مريضاً أو غائباً مدة السفر
 أو مريد السفر أو مخدرة) أي يجوز التوكيل بالخصوص في جميع الحقوق بشرط أن يرضى الخصم الا اذا
 كان معذوراً بعذر من الاعذار التي ذكرها في هذا المجوز بغير رضا الخصم وهذا عند أبي حنيفة رضي الله
 تعالى عنه وقال لا يجوز التوكيل بالخصوص من غير رضا الخصم وان لم يكن به عذر وهو قول الشافعي رضي
 الله تعالى عنه لانه وكل بما هو خالص حقه فيصح بدون رضا الخصم كالتوكيل بالقبض والائتاء ولان
 الحاجة ماسة الى تجوزها لا يمتد الى كل أحد أو لا يرضى بها عند الحكم كل أحد وقال عبد الله بن
 جعفر رضي الله تعالى عنه كان على رضي الله تعالى عنه لا يحضر خصومة أبداً وكان يقول ان الشيطان
 يحضرها وان لها حقما وكان اذا خوصم في شيء من أمواله وكل عقيلاً كبير عقيل وكل عبد الله بن
 جعفر فقال هو وكيل فاقضى عليه فهو على وما قضي له فهو له ولا يملك مباشرة بنفسه من غير رضا
 خصمه فكذلك ائتمار التوكيل بها من غير رضا الخصم كسائر حقوقه ولا يبي حنيفة رضي الله تعالى عنه ان
 التوكيل حوالة وهي لا تجوز الا برضا المحال عليه فكذلك التوكيل وهذا لان الخصومة تختلف والجواب
 مستحق عليه فصار نظير الحوالة ألا ترى أنه لا يوكل الا من هو لأدواً وأشدانكاراً ولحقه بذلك ضرر عظيم فلا
 يلزمه بدون التزامه كالحوالة بخلاف ما اذا كان به عذر من الاعذار التي ذكرناها لان الجواب غير مستحق
 عليه في هذه الحالة فلا يكون فيه إسقاط حق مستحق عليه ولا يقبل قوله اني أريد أن أسافر لكن القاضي
 ينظر في حاله وفي عذته فانه لا تخفى هيئة من يسافر والمتأخرون من أصحابنا الاختار والافتوى أن القاضي اذا
 علم من الخصم التعمت في الالباء من قبول التوكيل لا يمكنه من ذلك ويقبل التوكيل من الموكل من غير
 رضاه وان علم من الموكل قصد الاضرار بخصمه لا يقبل منه التوكيل الا برضاه وهو اختيار شمس الأئمة
 السرخسي رحمه الله ومن الاعذار الحيز من المدعى عليها اذا كان الحكيم في المسجد والخمس اذا كان من
 غير القاضي الذي ترفعوا اليه قال رحمه الله (وبأيضاها واستيفائها الا في حد أو قود) (١) أي يجوز التوكيل
 بانفاء جميع الحقوق والاستيفاء لما ينال بالاستيفاء الحدود والقصاص فانه لا يجوز مع غيبة الموكل عن
 المجلس لانها تنسقط بالشبهات فلا يستوفى في مجاميع مقام الغير لما فيه من نوع شبهة على مانين وقال
 الشافعي رحمه الله يستوفى في القصاص في حال غيبة الموكل لانه حق العبد ولنا أنه عقوبة فيسقط بالشبهات
 وشبهة العفو ثابتة في حال غيبة الموكل لجواز أن يكون الموكل قد عذبا بل هو الظاهر اذا العفو مندوب اليه
 قال الله تعالى فمن تصدق به فهو كفارة له بخلاف ما اذا كان الموكل حاضر لانه لا يمكن فيه شبهة العفو
 وقد يحتاج الموكل الى ذلك لقله هدايته في الاستيفاء ولان قلبه لا يحتمل ذلك بخلاف الاستيفاء في غيبة
 الشهود لان رجوعهم نادر فلا يتوهم ويجوز التوكيل بانبات القصاص وحسد القذف والسرقة باقامة
 البينة فاذا قامت وثبت الحق فلم يملك استيفاءه وقال أبو يوسف لا يجوز التوكيل بانباتها أيضا كما لا يجوز
 باستيفائها وقول محمد مضطرب ولا يظهر أنه مع أبي حنيفة رحمه الله الا أنه يجوز من غير عذر ولا رضا
 الخصم وعند أبي حنيفة لا يجوز الا بأحدهما وقيل هذا الخلاف في حال غيبة الموكل وأما حال حضرته
 فهو جائز اجماعاً لان كل كلام يوجد من الوكيل ينقل الى الموكل اذا لم يكن فيه عهدة على الوكيل لما
 عرف في موضعه لأبي يوسف رحمه الله أن الوكيل بمنزلة البندل عن الاصل ولا مدخل للابتنال في هذا
 الباب ولهذا لا تجوز فيه الشهادة على الشهادة ولا كتاب القاضي الى القاضي ولا شهادة النساء ولا من
 الأخرس لان اشارته بدل عن العبارة ولان المقصود من الانبات الاستيفاء فاذا لم يصح به لا يصح بالانبات

برزوح له مسلمة جازوان كان
 الذي لا يملك التزوج باسمه
 لنفسه اه (قوله وبخلاف
 الرسالة بالاستقراض) بان
 يقول أرسلني فلان السك
 يستقرض منك شيئا
 الوكيل من يباشر العقد
 والرسول من يبلغ المباشرة
 والساعة أمانة في أيديهم ما اه
 تهذيب (قوله ولان الحاجة
 ماسة الى تجوزها) أي الى
 تجوز التوكيل بالخصوص
 اه (قوله حقما) بضم القاف
 وفتح الحاء اه والقحمة
 الشدة والورطة ومنه
 حديث على رضي الله عنه
 في الخصومة وإن لها القحما
 وفتح القاف خطأ كذا في
 المغرب اه وقال ابن الاثير
 ومنه حديث على رضي الله
 عنه ان الخصومة قحما هي
 الامور العظيمة الشاقة
 واحدها قحمة اه وفي
 المصباح والقحمة بالضم
 الامر الشاق لا يركبه أحد
 والجمع قحم مثل غرفة
 وغرف اه

(١) وقع هنا في نسخ المتن
 التي بأيدينا والنسخة التي
 شرح عليها العيني زيادة
 (ان غاب الموكل) وليست
 هذه الجملة في نسخ الشرح
 التي بأيدينا اه صححه

أيضا وإيهما أن التوكيل تناول ما ليس بمحدد ولا قصاص ولا يضاف وجوب الحسد إلى الخصومة فيصح التوكيل فيها كما في سائر الحقوق وهذا لأن وجوب الحسد مضاف إلى الجنابة وظهوره مضاف إلى الشهادة والخصومة شرط محض لا أثر لها في الوجوب ولا في الظهور وإذا الحكم لا يضاف إلى الشرط ويمكن التدارك إذا وقع فيه الغلط بخلاف الاستثناء وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص وكلام أي حنيفة فيه أظهر لأن التوكيل فيه وقع بدفع دعوى القصاص والحد ودفعها ثبتت مع الشبهة حتى يثبت العفو عن القصاص بالشهادة على الشهادة وبشهادة التسامع مع الرجال غير أن أقرار الوكيل لا يقبل عليه استحصانا لأن فيه شبهة عدم الأمر به والتوكيل بالثبات حد الزنا والشرب لا يصح اتفاقا لأنه لاحق لاحد فيه وانما اتقام البيعة على وجه الحسبة فإذا كان أجنبيا عنه لا يجوز توكيله قال رحمه الله (والحقوق فيما يضيفه الوكيل إلى نفسه كالبيع والأجارة والصلح عن أقراره تعلق بالوكيل إن لم يكن محجورا كتسليم المبيع وقبضه وقبض الثمن والرجوع عند الاستحقاق والخصومة في العيب والملك يثبت للموكل ابتداء حتى لا يعتق قريب الوكيل بشرائه) وقال الشافعي تعلق بالموكل لأن الحقوق تبع الحكم وليست بأصل والوكيل ليس بأصل في حق الحكم فلا يكون أصلا في حق الحقوق التي هي من توابع الحكم فصار كالرسول والوكيل بالنسكاح وأخواته ولنا أن الوكيل أصل في العقد لأن العقد يقوم بالكلام وصحة كلامه باعتبار كونه آدميا عاقلًا ففضيخته أن يكون الحاصل بالتصرف وأفعاله غير أن الموكل لما استنابه في تحصيل الحكم جعلناه نائبًا في حق الحكم للضرورة كيلا يبطل مقصوده وأعيننا الأصل في حق الحقوق أذ لا ضرورة في حقها والدليل على أنه أصل في العقد استغناؤه عن اضافته إلى الموكل ولو كان سفيرا كما زعم لما استغنى عن اضافته إليه كالرسول وكان وكيل بالنسكاح وأخواته حتى إذا أضافه إلى نفسه كان له دون الموكل بخلاف ما نحن فيه فإنه لا يتعدى إضافة العقد إليه وإيقاع الحكم للموكل فإذا أضافه إليه كان أصيلا فيه فيقع له فيما لا ضرورة فيه وهي الحقوق من تسليم المبيع وقبضه وقبض الثمن وتسليمه والرجوع عليه بالثمن عند استحقاق ما باع أو رجوعه هو بالثمن على بائعه عند استحقاق ما اشتري والخصومة في العيب وغير ذلك من حقوق العقد ولا نسلم أن الحكم يقع له في رواية بل يقع للوكيل ثم ينتقل إليه فيكون بينهما مبادلة حكيمية قلنا أن نضع والصحيح أنه يقع للموكل ابتداء خلافة عنه بمعنى أن الوكيل أصل في حق الموكل لكن في حق الحكم يخلفه الموكل فيقع له من غير أن يكون أصلا فيه كالعبد يتهب أو يسطاد وهذا لا يعتق على الوكيل إذا اشترى قريبه بالوكالة وهو المراد بقوله والملك يثبت للموكل ابتداء الخ وكذا إذا اشترى زوجته بالوكالة لا يفسد النسكاح لما ذكرنا وفي حق الحقوق لم يخلفه فإذا كان أصلا في حق الحقوق جاز توكيله فيها ولا يجوز توكيل الموكل فيها لأنه أجنبي عنها وفي قوله تعلق بالوكيل إن لم يكن محجورا إشارة إلى أن لعبد والصبي المأذون لهما تعلق بهما الحقوق وتلزمهما العهدة مطلقا وفي الذخيرة أن كان وكيلًا في البيع يثنى حال أو مؤجل جاز بيعة ولزمته العهدة وإن كان وكيلًا بالشراء فإن كان يثنى مؤجل لا تلزمه العهدة قياسا واستحصانا بل تكون العهدة على الأمر حتى يطالب البائع الأمر بالثمن دون المباشر لأن ما يلزمه من العهدة ضمان كفالة وليس بضمن ثمن لأن ضمان الثمن ما يفيد الملك للضامن في المشتري وهذا لا يفيد فيه وانما يلزم ما لا في ذمته واستوجب مثل ذلك على موكله وهذا هو معنى الكفالة وهو لا يلزمه ذلك وإن كان يثنى حال فالقياس أن لا تلزمه العهدة وفي الاستحصان تلزمه لأن ما يلزمه ضمان ثمن لأن ضمان الثمن ما يفيد الملك في المشتري وهنا ملك المشتري من حيث الحكم فإنه يحبس المبيع بالثمن حتى يستوفيه من الموكل كالأشتراء لنفسه ثم باعه منه وهو من أهل التزام الثمن بخلاف ما إذا كان الثمن مؤجلا لأنه لا يملك المشتري حقيقة ولا حقا حتى لا يملك حبه به فكان ضمان كفالة من حيث المعنى وفي الإيضاح إذا أمره أن يشتري له بالتقدي فاشترى كما أمره فالشراء جائز والعهدة عليه

(قوله وكلام أي حنيفة فيه)
 أي في هذا الفصل الثاني
 اه (قوله أظهر) أي من
 كلام في الفصل الأول اه
 (قوله فإذا أضافه إليه كان
 أصيلا فيه فيقع له فيما
 لا ضرورة) أما إذا أضاف
 العقد إلى الموكل فقد حكى
 المعادى في الفصل السابع
 والعشرين فيه خلافا وحكى
 ابن فرشتا الاتفاق على أنها
 تتعلق بالموكل وعزاه
 للفصول وفيه ما فيه اه

(قوله لكن التوكيل

بالاستقراض باطل) قال
قاضيخان رحمه الله وان
وكل بالاستقراض ان أضاف
التوكيل بالاستقراض
الى الموكل فقال ان فلانا
يستقرض منك كذا أو قال
أقرض فلانا كذا كان
القرض للموكل وان لم يضاف
الاستقراض للموكل يكون
القرض للتوكيل اه وكتب
مانصه قال قاضيخان رحمه
الله ولا تصح الوكالة بالمباحات
كالاختطاب والاحتشاش
والاستفتاء واستخراج
الجواهر من المعادن فما
أصاب التوكيل شيئا من ذلك
فهو له وكذا التوكيل
بالتكدي اه وكتب مانصه
قال في القنية في باب مسائل
متفرقة من كتاب الوكالة
التوكيل بالاستقراض
لا يصح والتوكيل بقبض
القرض يصح بان يقول لرجل
أقرضني ثم يوكل رجلا
بقبضه صح اه قال قاضيخان
في فتاواه ولو وقعت المنازعة
بين التوكيل بالاستقراض
وبين موكله فقال التوكيل
قبض المال من المقرض
ودفعت الى الموكل وأنكر
الموكل لا يقبل قول التوكيل
لان التوكيل يريد بهذا الزام
المال على الموكل فلا يقبل
قوله في إيجاب المال على
الموكل اه (قوله ونظير
التوكيل بالشحانة) قال في
المجمع في باب الذال المعجزة

وكان القياس أن لا يجوز لانه تلزمه العهدة في تسليم الثمن فيه - برهنة الكفالة وانما يجوز زناه استحسانا
لانه وان لحقته العهدة كان له أن يرجع على الذي أمر به ويحبس المبيع عنه فيصير الحق كله اقل
بالبيع فيخرج من أن يكون متبرعا ولو أمره بالشراء نسيئة فاشترى كما أمره كان ما اشتراه له دون الأمر
لان الثمن اذا كان نسيئة لم يملك حبس المبيع فظهر معنى التبرع بالتزام الدين فلا يصح واذا لم تصح
الوكالة صار مستترا بالنفسه وفيه اشارة ايضا الى أن المحجور عليه لا تتعلق به الحقوق لانه لا يصح منه
الالتزام بالعهدة لقصور أهلية الصبي ولحق مولى العبد فتعلق بالموكل ككفى الرسول والقاضي وأمينه
ثم العبد اذا عتق تلزمه تلك العهدة والصبي اذا بلغ لا تلزمه لان المانع من لزوم العهدة في حق العبد
حق المولى اذ هو من أهل الالتزام وقد زال حقه فلزمه المانع في حق الصبي حق نفسه ولا يزول بالبلوغ
ولو قبضه مع هذا يصح قبضه لانه هو العاقد فكان أصلا فيه فانتفاء الزوم لما ذكرنا لا يدل على
انتهاء الجواز ولو كان المأمور مريدا جاز تصرفه لانه من أهل العبارة فتعتبر عبارته ولكن يتوقف حكم
العهدة عند أبي حنيفة فان أسلم كانت عليه والأفعلى الموكل وعندهما عليه على كل حال وهي
فرع اختلافهم في تصرفاته لنفسه قال رحمه الله (وفيما يضيفه الى الموكل كالتكاح والخلع
والصلح عن دم عمد وعن انكار تتعلق بالموكل فلا يطالب وكيله بالمهر ولا وكيلها بتسليمها) أى في كل عقد
يضيفه الى الموكل لحقوقه تتعلق بالموكل وذلك كالتكاح الخ لان التوكيل فيها سفير محض ولهذا
لا يستغنى عن اضافته الى الموكل حتى لو أضافه الى نفسه وقع التكاح له فصارت له تصرفا فلا يتصور أن
يكون السبب صادرا من شخص على سبيل الاصل والحكم واقع لغيره فخلعناه سفيرا وهذا لان الحكم
هنا لا يقبل الفصل عن السبب لانها من قبيل الاسقاطات أما غير التكاح فظاهر وكذا التكاح لانها
تسقط ما لكتبتها بعقد التكاح ولان الاصل في الابضاع الحرمه فكان التكاح اسقاطا للحرمه نظر الى
الاصل وانما يثبت الملك ضرورة ليمتكن من الوطء ولهذا لا يظهر في حق الفسخ والتملك من الغير
وفيما وراء الوطء فهو اسقاطا جريا على الاصل اذا الحرمه تنافى الملك والساقط متلاش فلا يجوز أن يسقط
في حق التوكيل ثم يسقط ثانيا في حق الموكل بالانتقال لان الساقط لا يعود الاسباب جديدا فكان حكم
التكاح تابثا ثانيا أضيف اليه ابتداء وهو الموكل بخلاف البيع فان حكمه يقبل الفصل عن السبب كفى
البيع بشرط الخيار فجاز أن يصدر السبب من شخص أصالة ويقع الحكم لغيره وهذا لان المحل فيه خلق
مباحا وقابل للتملك بطريق الاصله وذلك الحكم مما يقبل الانتقال من ملك الى ملك فجاز أن يملكه
شخص ثم ينتقل عنه الى شخص وجاز أن يصدر السبب من شخص ويقع الحكم لغيره فلا حاجة الى جعله
غير أصل اذ جواز الانتقل عنه يمنع من ذلك ومن أخوات هذا النوع العتق على مال والكتابة والهبة
والتصدق والاعارة والابداع والاقرض والرهن والشركة والمضاربة لان الحكم فيها يثبت بالقبض
وانه لا يلا في محلها مالمو كالا غير فلا يجعل أصلا فيه بل سفيرا ومعبرا وكذا اذا كان التوكيل من جانب
المتمس لما ذكرنا لكن التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت فيه الملك للموكل لما ذكرنا من قبل ولان
المستقرض يلتزم بدفع القرض في ذمته فيصير نظيره ما لو قال بع شيئا من مالك على أن يكون عوضه لي
ونظير التوكيل بالشحانة فيكون باطلا وما استقرضه فهو لنفسه وله أن يذمه من الأمر ولو هلك هلك من
ماله بخلاف غيره من هذه الصور فانه ليس له بدل يلزمه حتى يكون بيع ماله بشرط أن يكون العوض
لغيره وانما حكمه يثبت بالقبض والتوكيل أجنبي عن المحل فلا يمكن أن يكون أصلا فيه فصار سفيرا عن
المالك بخلاف البيع لانه يتعلق بالعبارة حيث يتعلق حكمه وحقوقه بما هو له فلم يكن أجنبيا بل
أصلا فيه قال رحمه الله (ولاشئ من منع الموكل عن الثمن) يعنى اذا وكر رجل رجل ببيع شئ فباعه ثم أن
الموكل طالب المشتري بالثمن له منعه لان الموكل أجنبي عن العقد وحقوقه لانها تتعلق بالعائد على ما بينا
قال رحمه الله (وان دفع اليه) أى الى الموكل (صح ولا يطالبه التوكيل ثانيا) لان المقبوض حقه فلا فائدة في

والشحانة في مسئلته وعوام العراقيين يقولون شحان بالباء ويخطون فيه اه

(٣٣ - زيلعي رابع)

باب الوكالة بالبيع والشراء

(قوله باب الوكالة بالبيع والشراء) كذا ترجم في الهداية وقال عقبه فصل في الشراء قال الاتقاني رحمه الله قدم باب الوكالة بالبيع والشراء على سائر الأبواب لكثرة وقوع البيع (٣٥٨) والشراء ومساس الحاجة إلى الوكالة في ذلك ثم قدم فصل الشراء لأن الشراء منبسط لما

هو الأصل في عقد البيع وهو المبيع والبيع من يبل له والشبوت قبل الزوال فكان الشراء أولى بالتقديم اه (قوله) كالموكله بشراء فرس (أوجار) قال الاتقاني نقلا عن الأصل لمجد وإذا قال له اشترى حمارا ولم يسم الثمن فهو جائز عليه وكذلك لو قال اشترى بغلا فان اشترى له شيئا ليتغابن الناس في مثله لم يلزم الأمر ولزم المشتري وإذا أمره أن يشتري له ثوبا فان ذلك لا يلزم الأمر وان سمي الثمن فان ذلك أيضا لا يجوز من قبل أن الثياب مختلفة فان قال اشترت ثوبا هرويا ولم يسم الثمن فهو جائز إذا اشتراه بما يشترى مثله أو زاد على ذلك بما يتغابن الناس في مثله وكذلك كل جنس سماه من الثياب فان سمي له ثمنا فزاد على ذلك الثمن لم يلزم الأمر وان نقص من ذلك الثمن لم يلزم الأمر فان وصف له صفقة وسمي له ثمنا فاشترى له تلك الصفقة بأقل من ذلك الثمن جاز ذلك على الأمر اه (قوله وقال بشر لا تجوز) أي وهو القياس اه قال الاتقاني وقال بشر الريسى تمنع وان كانت

نزعه منه ثم رده عليه وبرئت ذمة المشتري لو وصل الثمن إلى مستحقه بخلاف ما إذا باع مال اليتيم ودفع المشتري الثمن إلى اليتيم حيث لا تبرأ ذمته بل يجب عليه أن يدفع الثمن إلى الوصي ثانيا لأن اليتيم ليس له قبض ماله أصلا فلا يكون له الأخذ من المدين فيكون الدفع إليه تضييعا فلا يعتد به وأما الموكل في مسئلتنا فتصرف في ماله ولا يتقدم أحد عليه فيه فيكون قبضه معتبرا وبخلاف الوكيل في الصرف إذا صار في قبض الموكل بدل الصرف حيث يبطل الصرف ولا يعتد بقبضه لأن جواز الصرف معلق بالقبض قبل الافتراق فكان القبض فيه بمنزلة الإيجاب والقبول وهما بتعلقان بالعاقدين فكذا القبض في الصرف وقبض الثمن في مسئلتنا ليس كالإيجاب والقبول وانما جاز لو وصل حقه إليه ولهذا لو كان للمشتري دين على الموكل تقع المقاصة بمجرد العقد لو وصل الحق إليه بطريق التقاض ولو كان له عليه ما دين تقع المقاصة بين الموكل دون دين الوكيل ولو كان له دين على الوكيل فقط وقعت المقاصة به وبضمن الوكيل للموكل لأنه قضى دينه بمال الموكل بخلاف الصرف حيث لا تقع المقاصة بالدين لأن القبض فيه كالإيجاب والقبول فلا بد من وجوده حقيقة أو حكما بإضافة العقد إلى الدين وهذا عندهما وقال أبو يوسف رحمه الله لا تقع المقاصة بين الوكيل وهو مبنى على جواز إبراء الوكيل بالبيع من الثمن فمندهما يجوز إبراءه فكذا تقع المقاصة بينه وعنده لا يجوز فلا تقع ووجه البناء أن المقاصة إبراء بعوض فيعتبر بالإبراء بغير عوض ولهذا لو كان له عليه ما دين كانت المقاصة بين الموكل أولى عندهما كالموكل أبرأه فانه يبرأ بإبراء الموكل حتى لا يلزم الوكيل ضمانه وقول أبي يوسف استحسن ووجهه أن الثمن الذي في ذمة المشتري ملك الموكل لانه بدل ملكه وإبراءه تصرف فيه على خلاف ما أمر به فلا ينفذ كالموكل قبض الثمن ثم وهبه للمشتري ودليل الخلاف ظاهر ولهذا يصير ضامنا ووجه قولهما أن الإبراء اسقاط لحق القبض والقبض خالص حق الوكيل ألا ترى أن الموكل ليس له أن يمنع من ذلك ولو أراد أن يقبض بنفسه لا يمكن من ذلك فكان هو بالإبراء متمنعاً عن القبض مسقطاً حق نفسه فيصح منه لأنه يقبضه بتعين ملك الأمر في المقبوض وإذا انسدت عليه هذا الباب بإبرائه صار ضامنا له بمنزلة الرهن إذا عتق المرهون ينفذ اعتاقه لمصادفته ملكه وبضمن الأمرين لأن سد الباب الاستيفاء عليه من مالية العبد بالأعتاق وعلى هذا الخلاف إبراء الولي والوصي فيما باعاه من مال الصغير

باب الوكالة بالبيع والشراء

الأصل أن الجهالة إذا كانت تمنع الامتثال ولا يمكن دركها تمنع صحة الوكالة والأفلا والجهالة ثلاثة أنواع جهالة قاحشة وهي الجهالة في الجنس فتمنع صحة الوكالة سواء بين الثمن أو لم يبين كالموكله بشراء ثوب أو دابة أو نحو ذلك والثانية جهالة يسيرة وهي ما كانت في النوع المحض كالموكله بشراء فرس أو حماراً أو ثوب هروياً أو مروياً أو نحو ذلك فانه يجوز الوكالة به وإن لم يبين الثمن وقال بشر لا تجوز وألجته عليه ما روى انه عليه الصلاة والسلام وكل حكيم بن حزام بشراء شاة للافحمة ولأن جهالة النوع لا تخل بالمقصود ويمكن دفعها بصرف التوكيل إلى ما يليق بحال الموكل حتى لو أن عامياً وكل رجلاً بشراء فرس فاشترى فرساً يصلح للموكل لا يلزمه والثالثة جهالة بين النوع والجنس كالموكله بشراء عبد أو جارية إن بين

يسيرة لانها تمنع الامتثال اه ويقول بشر قال الشافعي في وجهه وأجدي رواية لأن التوكيل بالبيع والشراء معتبر الثمن بنفس البيع والشراء فلا يصح الايمان المعقود عليه اه كي (قوله وكل حكيم بن حزام بشراء شاة للافحمة) وجعل جهالة النوع عفوياً ولأن التفاوت بين النوع والنوع يسير فلا تمنع الامتثال لكن تصرف الوكالة إلى ما يليق بحال الموكل اه اتقاني (قوله والثالثة جهالة بين النوع والجنس) قال الاتقاني نقلاً عن قاضيجان في شرحه والثالثة ما يكون بين الجنس والنوع كالموكله بشراء عبد أو جارية إن بين

الثنى أو الصفة بأن قال تركيا أو هنديا أو روميا صحت الوكالة وإن لم يبين الثمن أو الصفة لا يصح لأن اختلاف العبيد والجواري أكثر من اختلاف سائر الأنواع وعادة الناس في ذلك مختلفة فكانت بين الجنس والنوع وكذلك الدار لمحة بالجنس من وجسه لأنها تختلف بقوله المرافق وأكثرها فإن بين الثمن ألحقت بجهالة النوع وإن لم يبين ألحقت بجهالة (٣٥٩) الجنس والمناخرون قالوا في ديارنا

لا يجوز بدون بيان المحلة لأنها تختلف باختلاف المحلة وبما سمي من الثمن وكذا لو قال اشتري حنطة لا يصح ما لم يبين عدده لقفران أو الثمن لأن الحنطة تنال القليل والكثير فيقال يبين المقدار والثنى (١) اه قوله وخرجوا) خرج صدره ضاق حرجا من باب ليس اه مغرب (قوله في الثمن وبشراء عبيدا ودار) قال محمد بن الحسن في الأصل وإذا وكل الرجل رجلا أن يشتري له جارية أو عبدا فإن هذا لا يجوز من قبل أن العبيد والجواري مختلفون فإن وكله أن يشتري له عبدا مولدا أو حبشيا أو سنديا أو سمى جنسا من الاجناس فإن ذلك جائزا أيضا وتسمية الثمن وتسمية الجنس سواء اه غايه ثم قال في الأصل وإذا وكله أن يشتري له دارا ولم يسم الثمن فإن ذلك لا يلزم الا امر ولا يجوز عليه وقالوا في شروح الجامع الصغير رجل أمر آخر أن يشتري جارية أو ثوبا أو دابة أو دارا ولم يسم الثمن فهو مشتري لنفسه والوكالة باطلة وإن سمي ثمن الدار وبين جنس

الثنى أو النوع بأن قال عبدا تركيا أو حبشيا أو نحو ذلك جازت الوكالة وإن لم يبين واحدا منهم ما لم تجز لأنه بيان الثمن يعلم من أي نوع يريد وبيان النوع يعلم غنه فبقى الجهالة بعد ذلك يسيرة وهي لا تمنع صحة الوكالة بخلاف ما إذا كانت الجهالة في الجنس حيث تمنع صحة الوكالة وإن بين الثمن لأنه بذلك القدر من الثمن يوجد من كل نوع فلا يفيد المعرفة قال رحمه الله (أمره بشراء ثوب هر وى أو فرس أو بغل صح سمي ثمنا أولا) لأنه لم يبق الجهالة بعد اعلام الجنس الا في الصفة وهي متعملة في الوكالة لأن الوكيل قادر على تحصيل مقصود الموكل بأن يتطرق في حاله إذا اختلف الصفة لا يوجب اختلاف أصل المقصود ولا يشترط في مثله تسمية الثمن لصحة الوكالة لأنه يبين جنس الثمن يصير معلوما عادة فصار كالموكل وبشراء ثوب هر وى على أي صفة كان ولا نالو شرطنا الاستقصاء في الصفة والبيان في النوع وربما لا يتمكن الوكيل من القيام بذلك وضاق الامر على الناس وخرجوا والخرج مدفوع قال رحمه الله (وبشراء عبيدا ودار جازان سمي ثمنا أولا) لأن هذه جهالة متوسطة بين الجنس والنوع وليست بفاحشة ولا يسيرة فإذا بين ثمنه علم من أي نوع مقصوده لأن ثمن كل نوع من العبيد معلوم بين الناس والتحقيق بجهالة النوع بذلك جازت الوكالة وإن لم يبين ثمنه التحق بجهالة الجنس فلم تجز الوكالة به وهذا لأنه باعتبار منفعة العمل بجنس واحد وباعتبار منفعة النظر والجمال أجناس مختلفة فإن الجمال منفعة مطلوبة من خي آدم ولهذا جعل رؤية الوجه من بني آدم كروية الشكل لحصول العلم بالمقصود وهو الجمال لكونه يجمع المحاسن وباعتبار هذه المنفعة يختلف التركي والهندي والسندي والحشي والتكروري وكذا إذا بين نوعه تجوز الوكالة به لحصول العلم بمقصوده لأنه انما جازت الوكالة به إذا بين ثمنه لكونه معلوم النوع فعند التصريح بنوعه أولى أن تجوز قال رحمه الله (وبشراء ثوب أو دابة لا وإن سمي ثمنا) يعنى لو وكله بشراء دابة أو ثوب لا يصح التوكيل وإن بين ثمنه لأن هذه جهالة في الجنس فلا يتمكن الوكيل من الامتثال لتفاحش الجهالة لأن ما من نوع يشتره الوكيل من أنواع ذلك الجنس الا يتمكن الموكل أن يقول اني عنيت بخلافه والامر بما لا يمكن الامتثال به باطل فخص لسان جميع ما ذكرنا أن الجهالة إذا كانت في الجنس لا تجوز الوكالة به مطلقا وإن كانت في النوع تجوز مطلقا وإن كانت ما بينهما كان نوعا فإن ذكر الثمن أو النوع جازت والتحقيق بالثاني وإن لم يبين التحق بالاول فلم تجز والجنس ما يدخل تحته أنواع متغيرة والنوع اسم لا حد ما يدخل تحت اسم فوقعه وقيل الجنس اسم دال على كثيرين مختلفين بالنوع والنوع اسم دال على كثيرين مختلفين بالشخص وقيل كل اسم منتظم أشياء نوع باعتبار ما فوقعه جنس باعتبار مادونه هذا الذي ذكرناه كانه اذا لم يكن فيه دلالة على العموم وإن كان فيه دلالة على العموم بان قال اتبع لي ما رأيت جازت الوكالة لأنه قرض الامر الى رأيه فأى شئ اشتراه له يكون ثمنه لا وكذا لو قال اشتري بألف ثوبا أو دواب أو أشياء أو ماشئت أو ما رأيت أو أدنى شئ حضرك أو ما يوجد أو ما يتفق جاز لان التعميم دلالة التفويض الى رأيه وكذا لو قال اشتري بألف أو بضع جازت الوكالة ويصير مستقرضا للآلاف منه ويصير البائع قابضا لآمره أو لا يحكم القرض ثم يصير قابضا لنفسه وكذا إذا قال اجعله بضاعة لي لأن انظر البضاعة يدل على العموم وكذا لو قال اشتري به ولم يرد عليه فإنه يصح استحسانا لأنه تفويض عام فكأنه قال اشتري ما بدالك أو قال سلطتك على الشراء وكذا لو قال أذن لك أن تشتري به

الدابة والثوب جاز اه غايه (قوله في الثمن جازان سمي ثمنا أولا) أى وإن لم يسم الثمن لا يجوز وهذا إذا اقتصر على ذكر العبد ولم يبين نوعه أما إذا بين حينئذ يجوز كما يصح به الشارح رحمه الله تعالى اه (قوله بأن قال اتبع لي ما رأيت جازت الوكالة) أى جازت مع الجهالة كالبضاعة والمضاربة اه اتقانى

(قوله في المغن وبشراء طعام الخ) قال في الهداية ومن دفع الى آخر دراهم وقال اشترى بها طعاما فهو على الخنطة ودقيقهها اه (قوله وجه الاستحسان الخ) قال الاتفاقى وجه الاستحسان أن الطعام في عرفهم يتناول الخنطة ودقيقهها اذا ذكر مقر ونا بالشراء ولهذا يسمى عندهم السوق الذي يباع فيه الخنطة ودقيقهها سوق الطعام واذ كان العرف هكذا ترك القياس به لان العرف أقوى من القياس لان الثابت بالعرف كالنات بالنص اه (قوله وقيل) هذا قول الفقيه أبي جعفر الهندوانى اه غايه (قوله لان حكم الوكيل قد انتهى بالتسليم اليه) ولهذا قالوا اذا سلمه الى الموكل لم يكن للشفيع أن يطالب الوكيل لانه خرج من الوكيل كالة وانه طع حقه كذلك هكذا قال محمد بن الحسن في الجامع الكبير الوكيل (٣٦٠) بالشراء اذا اشترى جارية ودفعها الى الامر ثم علم بعيب فانه لا يردّها الا برضا الامر

فان لم يدفعها الى الامر فله أن يردّها فان رضى بالعيب أو أبرأ البائع عن العيب وقد أمره الامر بردّها صح رضاه وبرأؤه في حقه دون الامر حتى كان لا أمر أن يأخذ الجارية مع العيب وان شاء تركها على الأمور وضمنه الثمن قالوا في شروح الجامع الكبير وهذه المسئلة حجة لابي حنيفة ومحمد رحمهما الله على أبي يوسف في مسئلة الوكيل بالبائع اذا أبرأ المشتري عن الثمن فلولم يكن الابراء عن الثمن صحيحا في حق الامر لم يصح الابراء عن العيب ههنا أيضا اه غايه (قوله واختلف المشايخ) قال الاتفاقى ومنهم أى المشايخ من قال لا يل صح الابراء عن العيب عند الكل قبل القبض وبعده وفسر قول ابى يوسف (١) (قوله فعلمتهم صحوا لبراءه) أى لبراءه عن العيب بخلاف الثمن اه (قوله

لما بينا قال رحمه الله (وبشراء طعام يقع على البر ودقيقه) أى لو وكاه بشراء طعام ينصرف الى الخنطة ودقيقهها حتى لا يكون له أن يشتريه غيرهما من الطعام والقياس أن يتناول كل مطعم لانه اسم له كما لو حلف لا يأكل طعاما وجه الاستحسان أن الطعام مقر ونا بالبائع أو الشراء برأيه البرعادة ودقيقه ولا عرف فيما اذا كان مقر ونا بالا كل فبقى على حقيقة فيحتمل بأكل أى طعام كان حتى لو حلف لا يشتري أو لا يبيع طعاما لا يحتمل الا بالبرهان كذا وقيل ان كانت الدراهم كثيرة فعلى البرهان كانت قليلة فعلى الخبر وان كانت بين الامر بين فعلى الدقيق والفارق في ذلك العرف ويعرف بالاجتهاد حتى اذا عرف أنه بالكثير من الدراهم يريد به الخبر بان كان عنده وليمه يتخذها هو جازله أن يشتري الخبر لانه حاله يدل على أنه ما يشتريه للاقتنار وهو المرجح بجانب الخنطة اذا لم يتقبل الاقتنار وكذا الدقيق لا يقبله طويلا فتعين البر لا اقتنار وهو في الكثير عادة وقال بعض مشايخ ما وراء النهر الطعام في عرفنا ينصرف الى ما يمكن أكله يعنى المهيأ لكل كالحلم المطبوخ والمشوى ونحوه وقال الصدر الشهيد رحمه الله وعليه الفتوى واذ لم يدفع اليه دراهم وقال اشترى طعاما لم يجز على الامر لانه وكاه أن يشتري له مكبلا ولم يبين له مقداره وجهالة القدر في المسكيات والموزونات كجهالة الجنس من حيث ان الوكيل لا يقدر على تحصيل مقصود الامر بما سمي له قال رحمه الله (ولو وكيل الرد بالعيب مادام المبيع في يده) يعنى من غير أمر الموكل لان الرد بالعيب من حقوق العقد وهى كلها تملق بالوكيل دون الموكل فيستقبله قال رحمه الله (ولو سلمه الى الامر لا يردّه الا بأمره) لان حكم الوكيل قد انتهى بالتسليم اليه ولان في رده بغير اذنه ابطال ملكه ويده الحقيقة فلا يمكن منه بدون رضاه ولانه أصيل في حق الحقوق نائبا في حق الحكم على أصح الاقوال فكان له جانبان النية يمنعها الرد وجانب الاصل لا يمنعها فعملنا بجانب الاصل قبل الدفع الى الموكل وبجانب النية بعده وقد أمكن العمل بهما بهذا الطريق ولورضى الوكيل بالعيب جاز وسقط حق الرد كما ذكرنا أنه أصيل في الحقوق وهذا على قولهم ما ظاهرا لانه تلك الابراء عن الثمن فعن العيب أولى واختلف المشايخ على قول أبى يوسف رحمه الله فعلمتهم صحوا لبراءه وفروا بين هذا وبين الابراء عن الثمن بان الابراء عن الثمن يحتمل أن يكون مضرا به لاحتمال أن يكون المشتري أملا من الوكيل فاذا أبرأ يبق دينه في ذمة الوكيل وهو مفلس فيتضرر به بخلاف الابراء عن العيب لان الموكل فيه على خياره ان شاء رضى بالعيب وأخذه وان شاء رده على الوكيل اذ لا يلزم الموكل ببراءه ولا يسقط خياره به وهذا لأن بينهما مبادلة حكيمه كأن الوكيل باعه من الموكل ولهذا يجبس الوكيل المبيع حتى يسد ثمن من الموكل فاسقاط حقه في العقد الاول لا يلزم منه سقوط حق من اشترى منه قال رحمه الله (وجبس المبيع ثمن دفعه من ماله)

فان لم يدفعها الى الامر فله أن يردّها فان رضى بالعيب أو أبرأ البائع عن العيب وقد أمره الامر بردّها صح رضاه وبرأؤه في حقه دون الامر حتى كان لا أمر أن يأخذ الجارية مع العيب وان شاء تركها على الأمور وضمنه الثمن قالوا في شروح الجامع الكبير وهذه المسئلة حجة لابي حنيفة ومحمد رحمهما الله على أبي يوسف في مسئلة الوكيل بالبائع اذا أبرأ المشتري عن الثمن فلولم يكن الابراء عن الثمن صحيحا في حق الامر لم يصح الابراء عن العيب ههنا أيضا اه غايه (قوله واختلف المشايخ) قال الاتفاقى ومنهم أى المشايخ من قال لا يل صح الابراء عن العيب عند الكل قبل القبض وبعده وفسر قول ابى يوسف (١) (قوله فعلمتهم صحوا لبراءه) أى لبراءه عن العيب بخلاف الثمن اه (قوله

وفروا بين هذا) أى بين ابراء الوكيل بالشراء عن العيب اه (قوله وبين الابراء) أى وبين ابراء الوكيل بالبائع أى عن الثمن اه (قوله وان شاء رده على الوكيل) فان لم يختر الامر شيئا حتى هلكت في يد المأمور فانها تملك من مال الامر لان يده كيد المالك في حق الملك ولم يحدث منع او يرجع الامر على المأمور بنقصان العيب لان الامر يشتري منه حكما وقد وجد اعيانها وعجز عن ردها بموتها في يده حكما وكذا اذا لم تمت لكن اعوزت في يد الوكيل يرجع الموكل عليه بنقصان العيب لان الاعور را عيب حدث في يد الامر حكما اه غايه (قوله ولهذا يجبس الوكيل المبيع حتى يسد ثمن في الثمن الخ) واذ وجد الموكل بعيب ما يرد عليه واذ احتلنا في الثمن تحالفا اه

(١) قول الحشبي وفسر قول ابى يوسف هكذا في الاصل لم يكتب بعد هذا شيئا ولهذا كنى عن الشارح من الفرق اه معجمه

(قوله ولهذا لو وجد الموكل به عيبا رده عليه) أي وله أن يرجع بنقصان العيب إذا هلك عند الموكل اه غايه (قوله ولو اختلفا في الثمن تحالفا) والتخالف من خواص المبادلة اه غايه (قوله لانه لو لم يدفع الثمن أيضا له أن يحبس عنه) قال صاحب الذخيرة لم يذكر محمد في شيء من الكتب أن الوكيل إذا لم يقدر الثمن وسأحه البائع وسلم المبيع اليه هل له حق الحبس عن المبيع الى أن يستوفي الثمن ثم قال حكى عن الشيخ الامام شمس الأئمة الخلاف في أن له ذلك لان حق الحبس للوكيل ليس لاجل ما تقبل لاجل بيع حكى انعه بين الوكيل والموكل وهذا المعنى لا يختلف بين النقد وقبضه قلت هذا كلام عجيب من صاحب الذخيرة وكيف خفي عليه هذا وقد صرح محمد في الاصل في باب الوكيل في الشراء فقال وإذا وكل الرجل رجلا أن يشتري له عبدا بألف درهم بعينه فاشترى الوكيل وقبضه وطلب الأمر أخذ العبد من الوكيل وأبى الوكيل أن يدفعه فلا وكيلا أن يمنعه ذلك حتى يستوفي الثمن في قول أبي حنيفة وإن كان الوكيل نقدا الثمن أو لم يقدر فهو سواء الى هنا الفظة في الاصل وقال في الفتاوى الصغرى الوكيل بالشراء إذا اشترى (٣٦١) بالنسيئة فخل عليه الثمن بموئنه لا يحل على الأمر ونقله عن باب الوكيل

بالشراء من وكالة الكافي اه اتفاقا (قوله ويكون قبضه قبض الموكل) وإذا سلمه حقيقة سقط حق الحبس فكذلك إذا سلمه حكما ولأن الوكيل أمين ألا ترى أنه لا يضمن بالهلاك عنده كالمودع فليس للأمين حق الحبس بعد طلب المودع اه غايه (قوله في أمين فلو هلك في يده قل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن) وذلك لان المبيع أمانة في يد الوكيل لانه قبضه للموكل وليس على الأمين شيء ما لم يحدث منعا فلا يضمنه كما إذا هلك الوديعة في يد المودع اه اتفاقا (قوله) أو تبين به أنه قبضه لنفسه أي قبضه لنفسه لا للموكل وإذا وقع القبض للوكيل لم يوجد التسليم منه الى

أي الوكيل بالشراء إذا اشترى ودفع الثمن من ماله للبائع له أن يحبس المبيع بالثمن الذي دفعه للبائع من ماله ما ذكرنا من ان المبادلة الحكيمة قد تجرت بينهما وصار الوكيل كالبايع والموكل كالمشتري منه ولهذا لو وجد الموكل به عيبا رده عليه ولو اختلفا في الثمن تحالفا وسلامة المبيع له من جهة الوكيل فيرجع عليه بممنه ولأن توكيله أيامه مع علمه بان الحقوق ترجع اليه اذن منه بدفع الثمن عنه من ماله فصار كالمودع حتى يحضره فيرجع عليه به فيحبس عنه المبيع حتى يدفع اليه لثمنه منزلة البائع وقوله بئس دفعه من ماله وقع اتفاقا لانه لو لم يدفع الثمن أيضا له أن يحبس عنه وهو هذا لأنه لما نزل منزلة المشتري منه أخذ حكمه والمشتري لا يمكن من أخذه حتى يوفيه ثمنه كالمودع كان بائعا له حقيقة يحققه أن حبس المبيع عن الموكل ليس لاجل نقد الثمن عنه بل لاجل أنه بائع له حكما وهذا المعنى لا يختلف بين ما إذا نقد الثمن أو لم يقدر وقال زفر رحمه الله ليس للوكيل حبس المبيع عن الموكل لانه نائب عنه فتقوم يده مقام يد الموكل ويكون قبضه قبض الموكل ولا يحبس المبيع بعد القبض وهذا لان المبيع أمانة في يده وليس للأمين حبس الامانة بدين له على صاحبها قلنا للموكل ملك المبيع بعد ما بشره الوكيل بدل استوجبه عليه وهذا معنى البيع فيحبسه به كالمودع أيامه حقيقة وقد ذكرنا أن بينهما مبادلة حكيمة ولهذا رده الموكل على الوكيل بعيب ويجرى تخالف بينهما عند الاختلاف في الثمن وهذا من خصائص البيع فكذلك هذا الحكم ولأن تسليم قبضه قبض الموكل بل قبضه يجوز أن يكون لأحياء حتى نفسه ويجوز أن يكون لتتميم مقصود الموكل فيتمين في الآخرة بحبسه أن القبض كان لحقه وبعدم الحبس كان للموكل وقبل ذلك الأمر موقوف فلا يحكم عليه بشيء ولأن هذا القبض لا يمكن الترخيز عنه إذا لا يقدر على القبض على وجه لا بصير الموكل به قابضاً وما لا يمكن الترخيز عنه يكون عقوا فلا يسقط به تحقه من غير رضاه اذ في سقوطه ضرر عليه قال رحمه الله (فأوهلك في يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن) لان الوكيل في القبض عاقل للموكل فيصير قابضاً بقبض الوكيل حكما فلم يمنعه منه لا يكون مستردا له فإذا هلك هلك من مال الأمر فكان له أن يرجع عليه بخلاف ما إذا حبسه عنه ثم هلك لانه صار مستردا بالحبس أو تبين به أنه قبضه لنفسه قال رحمه الله (وان هلك بعلة حبسه فهو كالبايع) يعني بذلك بالثمن وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وقال زفر رحمه الله هو كالغصب فيضمن جميع قيمته لانه ليس له أن يحبس عنه فبالحبس يكون متعديا كالمودع

الموكل اه (قوله وهذا عند أبي حنيفة ومحمد) قال الاتفاق في قوله فان حبسه فهلك كان مضمونا ضمه ان الرهن عند أبي يوسف وضمان المبيع عند محمد هذا اللفظ القدوري في مختصره ولم يذكر قول أبي حنيفة فيه كما يذكر في المختلف والخبر وقال الشيخ أبو نصر البغدادي ذكر في الجامع الصغير قول أبي حنيفة مثل قول محمد اه (قوله لانه ليس له أن يحبس عنه) اعلم أن المضمونات أنواع منها الرهن وهو مضمون بالاقبل من قيمته ومن الدين والمبيع في يد البائع وهو مضمون بالثمن حتى إذا هلك سقط الثمن قل الثمن أو كثر والمغصوب وهو مضمون بالمثل ان كان مثليا وبالقيمة ان كان قيميا بالقيمة ما بلغت والمستري إذا حبسه الوكيل لاستيفاء الثمن فهلك ففيه خلاف فقال أبو يوسف هو مضمون بالاقبل من قيمته ومن الثمن كالرهن مضمون بالاقبل من قيمته ومن الرهن وقال أبو حنيفة ومحمد مضمون بالثمن كالمبيع يهلك قبل القبض وقال زفر يضمن ضمان الغصب لان من مذهبه أن ليس له حق الحبس فصار بالحبس غاصبا ولنا أن الوكيل كالبايع من الموكل لان الموكل انتقل المالك اليه من جهته ثم الوكيل قد عيّن حق الموكل في المشتري حيث اشتراه فوجب على الموكل أيضا أن يعين حق

الوكيل في الثمن بالتسليم اليه فكان حبسه لاستيفاء الثمن بحق فلم يكن غاصبا ثم قال أبو يوسف انه مضمون ضمان الرهن حتى لو كان فيه وفاء بالثمن سقط والإرجع بالفضل وقال محمد مضمون ضمان المبيع فاذا هلك سقط كل الثمن لأن الوكيل كالبائع وجهه قول أبي يوسف أنه ليس يباح حقيقة إلا أنه يحبس المشتري بدين على الموكل وهو الرهن بعينه لأن الرهن هو الحبس بالدين قال ذلك كله الشيخ قوام الدين الأتقي رحمه الله ثم قال ثمة (٢٦٢) الخلاف تظهر فيما إذا كان الثمن خمسة عشر مثلاً وقيمة المبيع عشرة فعند أبي يوسف

يرجع الوكيل على الموكل بالفضل وهو الخمسة وتظهر فائدة الغصب في عكس هذا أن تكون قيمة المبيع خمسة عشر والثمن عشرة فعند زفر يرجع الموكل على الوكيل بالخمسة وعلى قول محمد لا تنقارت الحال بين أن يكون الثمن كثيراً أو قليلاً لأنه يسقط بهلاك المبيع ولا يجب شيء أصلاً اه وقال الكاكي رحمه الله وتظهر ثمة الخلاف فيما إذا كانت قيمته عشرة مثلاً والثمن خمسة عشر يرجع الوكيل على الموكل بخمسة عند أبي يوسف ولا يرجع أحدهما على الآخر عند زفر وعند أبي حنيفة ومحمد أيضاً لو كانت القيمة خمسة عشر والثمن عشرة فعند زفر يرجع الموكل على الوكيل بخمسة ولا شيء عليه عند أبي حنيفة ومحمد وأبي يوسف اه (قوله بعد أن لم يكن مضموناً له) يعني لم يكن مضموناً في الابتداء كما قال زفر وإنما صار مضموناً بالحبس اه (قوله قلنا الخ) فيه نظر لقوله قبله أن المبادلة الحكمة الواقعة بينهما معتبرة بالحقيقة فلا يستقيم إذا أن يقال إنهما على كونه بعقد واحد وبتم به الفرق اه تأمل (قوله وهذا مشكل فإن الوكيل يوسف أصيل) قلت هذا ليس بمشكل فإن الوكيل نائب عنه فاذا حضر الأصيل فلا يعتبر النائب اه ع (قوله ومحمد لم يذكرا الخلاف في الأصل) وهذا لأن محمد قال في الأصل في آخر باب الوكالة في الشراء وإذا وكله أن يشتري له عشرة أرطال لحم بدرهم لزم الأمر منها عشرة بنصف درهم وكان للمأور عشرة أرطال بنصف درهم إلى هنا لفظ الأصل ولم يذكرا الخلاف كما ترى وجه قول أبي يوسف أن النبي صلى الله عليه

منع الوديعة عن صاحبها وقال أبو يوسف رحمه الله هو كالرهن فيكون مضموناً بالفضل من قيمته ومن الدين لأنه صار مضموناً بالحبس الاستيفاء بعد أن لم يكن مضموناً به وهذا هو معنى الرهن بخلاف المبيع فإنه مضمون بنفس العقد حبسه البائع أولم يحبسه بحقه أن حبسه للاستيفاء بعد أن لم يكن محبوساً به وأن أصل العقد لا يفسخ بهلاكه وهذا حكم الرهن بخلاف المبيع فإن المبيع فيه يكون محبوساً من أول ما يوجد وينفسخ البيع بهلاكه ونه ما أن بينهما مبادلة حكمة بديل ما ذكرنا من الأحكام فيكون معتبراً بالمبادلة الحقيقية وهو البيع ولا نسلم أن العقد لا يفسخ بل يفسخ بينهما وان لم يفسخ في حق البائع وكذا الورضي الوكيل بالعيب ولم يرض به الموكل يفسخ العقد بينهما وان لم يفسخ في حق البائع والدليل على أنه ليس كالرهن أنه ثبت في النصف الشائع والحبس بحكم الرهن لا يثبت فيه فان قيل لو اشتراه الوكيل بثمن مؤجل ثبت الاجل في حق الموكل ولو كان بينهما مبادلة لما ثبت كالأثبت في حق الشفيع قلنا إن الوكيل والموكل على المبيع بعقد واحد فاشترط فيه يلزمهما بخلاف الشفيع فإنه يملكه بعد عقد جديد فاشترط في العقد الأول لا يكون مشروطاً بالثاني قال رحمه الله (وتعتبر مفارقة الوكيل في الصرف والسلم دون الموكل) لأن المستحق قيم ما قبض العاقد والعقد هو الوكيل فيشترط قبضه وإن كان لا تعلق به الحقوق كالأصبي والعبد المحجور عليه لأن قبضه وتسليمه صحيح وإن توجه عليه المطالبة في حكم صحة التقابض هو كوكيل تعلق به حقوق العقد فاذا قبض الوكيل تم العقد ولو جود شرطه وان فارق قبل القبض بطل العقد بشرطه وإن فارق الموكل قبل القبض لا يبطل لأنه ليس بمأقود بخلاف الرسول فيها لأن الرسالة حصلت في العقد لا في القبض وكلام الرسول ينتقل إلى المرسل فيكون العاقد هو المرسل فيكون قبض الرسول قبض غير العاقد فلا يجوز وقال في النهاية هذا إذا كان الموكل غائباً عن مجلس العقد وأما إذا كان حاضراً في مجلس العقد بصير كان الموكل صارف بنفسه فلا تعتبر مفارقة الوكيل وعزاه إلى خواهر زاده وهذا مشكل فإن الوكيل أصيل في باب البيع حضر الموكل العقد أولم يحضر ثم ذكره بعده بأسطر فقال المعتبر بقاعة المعاقدين في المجلس وغيبه الموكل لا تضر وعزاه إلى وكالة البسوط وأطلقه وأطلق سائر الكتب دليل على أن مفارقة الموكل لا تعتبر أصلاً ولو كان حاضراً وفي قوله تعتبر مفارقة الوكيل في الصرف والسلم إشارة إلى أن التوكيل فيهما جائز وإنما جاز لأنه عقد يملكه الموكل بخاز أن يوكل به كسائر أنواع البياعات والاجارات وهذا في الصرف مجرى على إطلاقه فإنه يجوز التوكيل فيه من الجانبين وأما في السلم فائجاب يجوز دفع رأس المال فقط وأما بأخذه فلا يجوز لأن الوكيل إذا قبض رأس المال بقي المسلم فيه في ذمته وهو مبيع ورأس المال ثمنه ولا يجوز أن يبيع الإنسان ماله بشرط أن يكون الثمن غيره كما يبيع العين وإذا بطل التوكيل كان الوكيل عاقداً لنفسه فيجب المسلم فيه في ذمته ورأس المال مملوك له وإذا سلمه إلى الآخر على وجه التملك منه كان فرضاً قال رحمه الله (ولو وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم فاشتري عشرين رطلًا بدرهم مما يباع منه عشرة بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يلزمه العشر وبندرهم وذكر في بعض نسخ مختصر القادرى قول محمد مع قول أبي حنيفة ومحمد رحمه الله لم يذكرا الخلاف في الأصل وجه قول أبي يوسف

تأمل (قوله وهذا مشكل فإن الوكيل يوسف أصيل) قلت هذا ليس بمشكل فإن الوكيل نائب عنه فاذا حضر الأصيل فلا يعتبر النائب اه ع (قوله ومحمد لم يذكرا الخلاف في الأصل) وهذا لأن محمد قال في الأصل في آخر باب الوكالة في الشراء وإذا وكله أن يشتري له عشرة أرطال لحم بدرهم لزم الأمر منها عشرة بنصف درهم وكان للمأور عشرة أرطال بنصف درهم إلى هنا لفظ الأصل ولم يذكرا الخلاف كما ترى وجه قول أبي يوسف أن النبي صلى الله عليه

رطل حيث يلزم الجميع
الامر لانها تدخل بين
الوزنين فلا يتحقق حصول
الزيادة اه اتقاني (قوله
وبخلاف ما اذا وكله ان
يشتري الخ) ذكر في التمه
وقال اذا مرء ان يشتري له
ثوباً هر وباعشرة فاشترى له
هر وبين عشرة وكل منهما
يساوي عشرة قال أبو حنيفة
لا يجوز البيع في واحد
منهما لاني لأدري أيهما
أعطيه بمحضته من العشرة
لان القيمة لا تعرف الا بالخز
والظن ونقله عن المتقي اه
اتقاني وكتب أيضاً قوله
وبخلاف جواب اشكال
على أبي حنيفة اه (قوله
لان من كل واحد منهما
مجهول) الفرض أن صورة
المسئلة فيما اذا كان يساوي
كل واحد منهما عشرة
فكيف يقال بعد ذلك
لجهالة الثمن اه قارئ
الهداية (قوله في المتن ولو وكله
بشراء شي بعينه لا يشتريه
لنفسه) وهذا اذا لم يعين الثمن
أما اذا عين تخالف فسيأتي
اه (قوله معناه لا يتصور أن
يشتريه لنفسه) وذلك لانه
يلزم فيه الغدر بالمسلم وهو
حرام اه غايه (قوله حتى

يوسف رحمه الله أن هذا خلاف إلى خير لأن المأمور به صرف الدرهم في عشرة أرطال من اللحم وقد
صرفه فيه مع زيادة خيرة فنفذ عليه كما إذا أمره أن يبيع عبده بألف فباعه ألفين بخلاف ما لو اشترى
ما يساوي عشرة أرطال منه درهم ما بدرهم حيث يصير مشتري بالنفسه بالأجماع لأنه خالفه إلى شر لأن
الأمر تناول ما يساوي عشرة أرطال منه درهم ما بدرهم وجه الأول أنه أمره بشراء عشرة ولم يأمره
بأكثر منه فينفذ الزائد عليه والعشرة على الأمر بخلاف ما استشهد به لأن الزائد فيه بدل ملكه
وبخلاف ما إذا وكله أن يشتري له ثوبا بهر وباع عشرة فاشترى له ثوبين هر وبين بعشرة يساوي كل واحد
منهما عشرة دراهم حيث لا يلزم الموكل واحد منهما ما لا نعتن كل واحد منهما مما مجهول ألا يعرف إلا
بالخبر وكذا المشتري للموكل مجهول بخلاف مسألة اللحم فإنه موزون مقدار فيقسم الثمن على
أجزائه على السواء وهو معلوم يمكن قسمته بينهما على قدر حقهما ولا يقال هذا إلا يستقيم على قول أبي
حنيفة لأنه لا يكون موافقا بمثله عنده كما إذا أمر أن يطلق امرأته واحدة فقط لهما ثلاثا لا يقع
شيء عنده وكذا لو اختلف الشهود وبمثل هذا الاختلاف لا تقبل شهادتهم لاختلاف لان الاتفاق فيها
شرط لانه قول ذلك فيما إذا لم يجد نفاذا على الوكيل وأما إذا وجد فنفذ في ضمنه ينفذ على الأمر
وهذا لان الشراء لا يتوقف بل ينفذ على الوكيل إذا وجد فبإدائه العشرة داخل في العشر بنفقة
العشرين تنفذ العشرة بخلاف ما ذكر في مسألة الطلاق والشهادة فإنها لا تنفذ عليه لعدم الملك ولا على
الموكل لعدم الموافقة والموافقة شرط فيه قال رحمه الله (ولو وكله بشراء شيء بعينه لا يشتريه بنفسه) معناه
لا يتصور أن يشتريه بنفسه بل لو اشتراه بنوى بالشراء لنفسه أو تلفظ بذلك يكون للموكل لأن فيه عزل
نفسه وهو لا يملك عزل نفسه والموكل غائب حتى لو كان الموكل حاضرا وصرح بأنه يشتريه بنفسه كان
المشتري له لأن له أن يعزل نفسه بحضور الموكل وليس له أن يعزل نفسه من غير علمه لأن فيه تغير برأيه
بخلاف ما إذا وكل نفس العبد أن يشتريه له من مولا أو وكل العبد رجلا أن يشتريه له من مولا فاشترى
حيث لا يكون للأمر ما لم يصرح به للوأي أنه يشتريه فيهما إلا أمر مع أنه وكيل بشراء شيء بعينه وإنما كان
كذلك لاختلاف حكمهما على ما بين من قريب أن شاء الله تعالى وبخلاف ما إذا وكله أن يزوج امرأته
معينة حيث جاز له أن يزوجها لأن النكاح الذي أتى به الوكيل غير داخل تحت أمره لأن الداخل تحت
الوكالة نكاح مضاف إلى الموكل فكان مخالفا باضافته إلى نفسه فأعزل وفي الوكالة بالشراء الداخل فيها
شراء مطلق غير مقيد بالضافة إلى أحد فكل شيء أتى به لا يكون مخالفا به إلا يعتبر في المطلقات إلا أنه
دون صفاته فيتناول الذات على أي صفة كانت فيكون موافقا بذلك حتى لو خالف مقتضى كلام الأمر
في جنس الثمن أو قدره كان مثله على ما ذكر من قريب أن شاء الله تعالى ولو وكله رجل أن يشتري
له ذلك الشيء بعينه فاشتراه كان للموكل الأول دون الثاني لأنه إذا ملك الشراء بنفسه فأولى أن لا يملك
الشراء لغيره قال رحمه الله (فلو اشتراه بغير النقد أو بخلاف ما سعى له من الثمن وقع للموكل) لأنه خالف
أمره فينفذ عليه فيسعى في ضمن المخالفة وكذا لو وكل هذا الوكيل رجلا فاشتراه وكيله وهو غائب كان
الملك للموكل الأول لما قلنا وإن اشتراه بحضوره فنفذ على الموكل الأول لأنه حضره رأيه وهو المقصود فلم
يكن مخالفا ولأنه إذا كان حاضرا يمكن نقل كلامه إليه على ما ذكرنا في النكاح بخلاف ما إذا كان غائبا

لو كان الموكل حاضرا وصرح بأنه يشتريه (الخ) قال الاتقاني ولأنه لو صرح شراؤه لنفسه يلزم منه إخراجها بنفسه عن الوكالة بغير علم الموكل فلا يجوز لأنه فسخ عقد فلا يصح من غيره علم صاحبه كسائر العقود فإذا لم يصح عزله بنفسه عن الوكالة يقع شراؤه عن الموكل حيث لم يقع لنفسه اهـ (قوله في الثمن فلو اشتراه الخ) قال في تمة الفتاوى الوكيل بشرأى بعينه ان اشترى لنفسه بنفسه لا يصح الا اذا خالف في الثمن لا الى خير أو الى حسن غير الذي سماه الموكل واذا واكل غيره بالشراء فاشتراه له صح اهـ غاية (قوله أو بخلاف ما سمي له من الثمن) كما اذا واكله

أن يشتري بألف درهم فاشترى بألف دينار اه ابن فرشتا (قوله وبخلاف الوكيل بالطلاق) قال في الفتاوى الصغرى في مسائل الوكيل بالطلاق والخلع والنكاح والاعتاق واذا وُكِّل بالطلاق أو بالعتاق فطلق الأجنبي أو أعتق فأجاز الوكيل ذلك لا يجوز لأن المطلوب (١) عبارته في أول وكالة العيون وفي مسائل شتى من النوازل وكذا الوكيل الوكيل رجلا فطلق الثاني لا يقع وإن كان بحضرة الوكيل الأول بخلاف الوكيل بالبيع والنكاح والخلع والكتابة إذا وكل غيره ففعل الثاني بحضرة الأول أو فعل أجنبي ذلك فبلغ الوكيل فأجاز ذلك يجوز إلى هنا لفظ كتاب الفتاوى (٣٦٤) الصغرى والفرق أن الوكالة تفويض الأمر إلى الغير ليعمل فيه برأيه فإذا كان

وكيف خلاف الوكيل بالطلاق أو بالعتاق إذا وكل غيره فطلق الوكيل الثاني أو أعتق بحضرة الأول حيث لا ينفذ وإن حضره رأيه لأن الوكيل في الطلاق والعتاق كالرسول فلا يتصرف من عنده بشئ بل يبلغ الرسالة فإذا تصرف فقد خالف فلا ينفذ والوكيل في البيع والشراء بمنزلة المالك وهو أصيل فيه فله أن يتصرف ولهذا الوكيل ذلك غيره من غيرتوكيل منه فأجاز الوكيل جاز وفي الطلاق والعتاق لم يجز والنكاح والخلع والكتابة كالبيع والشراء فيما ذكرنا قال رحمه الله (وإن كان بغير عينه فالشراء للوكيل إلا أن ينوي للموكل أو يشتريه بماله) أي إن وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل إلا إذا قال نويت الشراء للموكل أو يشتريه بماله والمراد بقوله أو يشتريه بماله أن يضيف العقد إليه وهذه المسئلة على وجوه إما أن يضيف العقد إلى من معين أو إلى مطلق من الثمن فإن أضافه إلى معين كان المشتري لصاحب ذلك الثمن لأن الظاهر أنه يضيف الشراء إلى مال من يشتريه ولهذا لا يثنى وإن كان لا يتعين لكن فيه شبهة التعيين من حيث سلامة المبيع به وتعيين قدره ووصفه ولهذا لا يطيب له الرجوع إذا اشترى بالدرهم المغصوبة ودينه عنه من أن يشتريه لنفسه بأضافة العقد إلى مال غيره لأن ذلك مستكر شرعا وعادة فلا يرتكبه وقد جرى العرف فيما إذا اشترى لنفسه أن يضيف العقد إلى ماله وهو ليس بمستكر شرعا وعرفا فيكون المشتري لمن علك ذلك الثمن وإن نوى خلاف ذلك جربا على مقتضى العرف والشرع ثم إذا تقدم من مال الموكل فيما اشتراه لنفسه يجب عليه الضمان وإن أضافه إلى من مطلق فلا يخلو إما أن يكون حالا أو مؤجلا فإن كان حالا فلا يخلو إما أن يصادق على وجود النية لأحدهما أو على عدمها أو يختلفا فيه فإن كان حالا واتفقا على وجود النية لأحدهما كان لمن نوى له لأن الثابت باتفاقهما كالثابت عيانا واتفاقهما بحاجة علم ما ولا يلتفت إلى النقد ولا عبرة به في هذه الحالة لأن له أن يشتري لنفسه وللموكل فإذا عينه نية فقد تعين ويكون بالنقد من مال الموكل غاصبا فيما إذا نواه لنفسه وإن اختلفا في النية يحكم بالنقد بالإجماع لأن دلالة على التعيين مثل دلالة أضافة الشراء إليه لأن الظاهر أن يفعل ما يجوز له شرعا أو يجزى على عوائده وإن اتفقا على أنه لم تحضره النية فعند محمد رحمه الله هو لا يعاقد لأن ما يطلقه الإنسان من التصرفات يكون لنفسه فصار كالمأمور بالحج إذا أطلق ولم ينو أنه للحجوج عنه وعند أبي يوسف يحكم بالنقد لأن المطلق يحتمل التقييد بقبي موقوفا فن أي المالكين نقد فقد عين المحتمل به فصار كحالة التكاذب بخلاف المأمور بالحج فإن الحج عبادة وهو لا يتأدى إلا بالنية فكان مأمورا بأن ينوي الحج عن الحجوج عنه فإذا لم يفعل كان مخالفا وأما المعاملات فالنية ليست بشرط فيها فلا يصير تركها مخالفا فيبقى الحكم موقوفا على النقد والتوكيل بالاسلام في الطعام على هذه الوجوه حتى يحكم أولا الاضافة فيكون المسلم فيه لمن أضيف عقد السلم إلى ماله ثم النية فيكون لمن نوى له بالعقدان تصادق على النية وإن تكاديا فيحكم بالنقد وإن تصادقا على أنه لم تحضره النية فعلى الخلاف الذي ذكرنا ومن مشايخنا من قال لا خلاف بين أبي يوسف

الوكيل الثاني فعل المأمور به بحضرة الوكيل الأول وجذر رأي الأول وكذا إذا فعل أجنبي فأجاز الوكيل ثم حقيقة الوكالة انما تحقق فيما يحتاج فيه إلى الرأي كالبيع والنكاح والخلع والكتابة والاجارة ولا تحقق فيما لا يحتاج فيه إلى الرأي كالطلاق والعتاق بغير مال فكان الوكيل رسولاً ينقل كلام الموكل وطلاق الوكيل الثاني وعتاقه ليس بطلاق الوكيل الأول فلم يقع نقلا لكلام الموكل والموكل انما وكل ينقل كلامه فلا حصل هذا لم يقع طلاق الوكيل الثاني وعتاقه وإن كان بحضرة الأول والله أعلم اه

اتقاني (قوله في المتن وإن كان بغير عينه فالشراء للموكل) قال في التهذيب ولو وكله بغير عينه انما يصير للموكل بنية الوكيل للموكل أو يشتري بماله ولو اشترى بغير ماله فهو موقوف على اجازة الموكل اه (قوله والمراد بقوله أو يشتريه بماله أن يضيف العقد إليه) لا يدفع من مال الموكل لأنه إذا اشترى بغير ماله من دراهم مطلقه ثم نقد فإن تقدم من دراهم الموكل يقع الشراء للموكل وإن محمد تقدم من دراهم الوكيل يقع الشراء للموكل اه غاية وأعلم أنه إذا أضاف الوكيل العقد إلى مال الموكل فلا فرق حينئذ بين أن ينوي الوكيل العقد لنفسه أو يطلق في أن العقد يقع للموكل كما يأتي ذلك صريحا في كلام الشارح آخر هذه الصفحة في قوله فيكون المشتري لمن علك ذلك الثمن وإن نوى خلاف ذلك والله الموفق اه (قوله وإن اختلفا في النية) فقال الموكل اشترته لي وقال الوكيل اشترته لنفسى اه

(١) قول المحشى لأن المطلوب وقوله بعده عبارته هكذا في الأصل والكلام هنا منقطع فارجع إلى النسخ العجيبة اه

وصورتهما فيه محمد عن
 يعقوب عن أبي خنيقة في
 جل يأمر الرجل أن يشتري
 له عبدا بألف درهم فإما
 لما مور فقال اشتريت لك
 عبدا بألف درهم وقبضته
 فأت وقال الأمر اشتريت
 عبدا بألف درهم وقبضته
 ومات عبدا وانما اشتريته
 لنفسك قال القول قول
 الأمر إلى هنا لفظ محمد في
 الجامع الصغير وهي من
 الخواص وهذه المسئلة
 على أوجه إيمان يكون
 الوكيل أمورا بشراء عبد
 بعينه أو بغير عينه وكل
 وجه على وجهين إيمان
 يكون العبد قائما أو هالكا
 فان كان العبد بغير عينه
 والتمن غير منقود وقال
 الوكيل اشتريت وقبضت
 هلك لم يقبل قوله وهي مسئلة
 الكتاب ٥٥ والظاهر أن
 صاحب الكنز رحمه الله
 راد ما ذكره صاحب الهداية

ومحمد في الشراء فعيما اذا تصاد فاعلى أن النية لم تحضره بل بالاجماع يكون للعاقدة وانما الخلاف في السلم لان النقد فيه أثر في تنفيذ العقد فيستدل به على وقوعه لمن تقدم من ماله بخلاف الشراء ففرق هذا القائل لابي يوسف بهذا الفرق وان كان الثمن مؤجلا فهو الوكيل لان النقود تتعين في الوكالة فاذا اشترى بثلث مؤجل لم يصف العدة الى ما تعلقت به الوكالة فيكون محالفا قال رحمه الله (وان قال اشترى لاد امر وقال الامر لنفسك فالقول لاد امر وان كان دفع اليه الثمن فللامر) معناه امره بان يشترى له عبدا بألف مثلام قال المأمور اشترى لك عبدا وقال الامر اشترىته لنفسك كان القول قول الامر ان لم يكن الثمن مدفوعا الى الوكيل وان كان مدفوعا اليه كان القول للمأمور وهذا المسئلة على ثمانية أوجه إما أن يكون مأمورا بشراء عبد بعينه أو بغير عينه وكل وجه على وجهين إما أن يكون الثمن منقودا أو غير منقود وكل وجه على وجهين إما أن يكون العبد حيا حين أخبر الوكيل بالشراء أو ميتا فان كان مأمورا بشراء عبد بعينه فان أخبر بشراءه والعبد حي قائم فالقول للمأمور ارجعا مئة ودا كان الثمن أو غير منقود لانه أخبر عن أمر عيالك استئنافه والمخبر به في التحقيق والنبوت يستغنى عن الاشهاد فيصدق كقوله لمطالقة راجعتك وهي في العدة وكذته فان القول له وبهذا وقع التفتي عن الولي اذا أقر على مواليته بالسكاح حيث لا يثبت السكاح عند أبي حنيفة رحمه الله لانه لا يملك انشاء شرعا لعدم الشهود اذ هو لا يثبت الابشهود بخلاف الشراء فله يقدّر على اثباته شرعا بدون الاشهاد وان كان العبد ميتا حين أخبر فقال هلك عندى بعد الشراء أو أنكر الموكل فان كان الثمن غير مئة ود فالقول لاد امر لانه أخبر عيالك استئنافه لان الميت ليس بمحل لانشاء العقد فيه وغرضه الرجوع بالثمن والامر منكرف كان القول قوله وان كان الثمن منقودا فالقول للمأمور مع عينه لان الثمن كان أمانة في يده وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة من الوجه الذي أمر به فكان القول له وان كان العبد بغير عينه فان كان حيا فقال المأمور اشترىته لك وقال الامر لابل اشترىته لنفسك فان كان الثمن منقودا فالقول للمأمور لانه مخبر عيالك استئنافه وان لم يكن منقودا فالقول لاد امر عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما القول للمأمور لانه أخبر عيالك استئنافه فصح كافي المعين وعند أبي حنيفة القول لاد امر لانه موضع تهمة بأن اشتراه لنفسه فاذا رأى الصفقة خاسرة أزمها الامر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه أمين فيه فيقبل قوله في الخروج عن العهدة وفي ضمنه يكون العبد لاد امر تبعاو كم من شيء يثبت ضمنا وتبعا وان لم يثبت قصدا وبخلاف ما اذا كان العبد ميعنا لانه لا يملك أن يشترى لنفسه بذلك الثمن

(٣٤ - فبلغي رابع) والجامع الصغير من كون العبد بغير عينه وهو هالك فتنبه اه (قوله وهذه المسئلة على ثمانية أوجه إما أن يكون الخ) معينا حيا والتمن منقود (القول للأمور) معينا هالك والتمن غير منقود (القول للأمور) معينا هالك والتمن غير منقود (القول للآمر) منكر أحياء والتمن منقود (القول للآمر) منكر أحياء والتمن غير منقود (عنده للآمر) وعنده للآمر) منكر أهالك والتمن منقود (القول للآمر) لأنه أمين ادعى الخروج عن عهد الامانة منكر أهالك والتمن غير منقود (القول للآمر انفاقا) لأنه أخبر عمالها على استئثافه وغرضه الرجوع بالتمن والآخر منكر اه (قوله حيث لا يثبت النكاح) وكذا وكيل الزوج أو الزوجة ومولى العبد إذا أقر بالنكاح لا يصح الا بينة اه غايه (قوله وبخلاف ما إذا كان العبد معينا لأنه الخ) بقى من الأوجه الثمانية ما إذا كان العبد بغير عينه وهو هالك والتمن منقود أو غير منقود وأما ما يذكره الما شارح رحمه الله لأن حكمهما يعلم بمائة قسم

والله أعلم اه (قوله حال حضرة الموكل) (٢٦٦) هكذا هو بخط الشارح والصواب حال غيبة الموكل فقد صرح الشارح فيما

تقدم عند قوله ولو وكاله
بشراء شيء بعينه أن الموكل
لو كان حاضرا وصرح الوكيل
بشراؤه لنفسه كان المشتري
له وهكذا هو في الهداية
وشرحا فتأمل اه (قوله
خفيئذ لا يأخذه) أي وإن
قال بعد ذلك أمرته لأن
اقرار المقر ارتد بدمقرله
فإذا عاد إلى تصديقه بعد ذلك
لم ينفعه لأنه عاد حين انتفى
الاقرار فلم يصح تصديقه
اه اتفاقا (قوله فتكون
العهد عليه) يعني لما انعقد
بينهما بيع بالتعاطي كانت
العهد لا تخذ على المشتري
كذا في سفر نحر الاسلام
البرزوي وغيره الذين قاضوا
وهو المفهوم من كلام محمد
رحمه الله اه غايه (قوله
فلا بد من أن يبقى من الالف
الح) قال في الهداية قال ومن
له على آخر ألف فأمره أن
يشترى بها هذا العبد فاشترى
جاز قال الاتفاق أي قال
في الجماع الصغير وصورة
المسئلة فيه محمد عن يعقوب
عن أبي حنيفة في رجل كان
له على آخر ألف درهم فأمره
الذي له المال أن يشتري له
بها هذا العبد فاشترى قال
جائز فإن أمره أن يشتري له
بها عبدا بغير عينه فاشترى
فأذا قبضه الآخر فهو له وإن
مات في يد المشتري قبل أن
يقبضه الآخر مات من

حال حضرة الموكل على ما بينا من قبل فخلصه أن الثمن إن كان منقودا فالقول للمأمور في جميع الصور وإن
كان غير منقود ينظر فإن كان الوكيل لا يملك الانشاء بأن كان ميتا فالقول للأمر وإن كان ملكا الانشاء
فالقول للمأمور عندهما وكذا عند أبي حنيفة في غير موضع التهمة وفي موضع التهمة القول للأمر قال
رحمه الله (وإن قال بغير هذا الفلان فباعه ثم أنكر الأمر أخذه فلان) أي رجل قال لا خير بعني هذا العبد
لفلان فاني اشتريه له فباعه ثم أنكر الأمر أخذه فلان أمرا فقال فلان أنا أمرته فانه يأخذه لأن
قوله بعني لفلان أقرار منه بأنه وكاله فإذا أنكر الوكيل كاله بعده صار منقضا فلا يسمع قوله فيكون العبد للموكل
قال رحمه الله (الأن يقول لم أمره به) أي الآن يقول فلان المشتري له لم أمره بالشراء فحينئذ لا يأخذه بل
يكون للمشتري لأن اقرار المشتري ارتد بدمقرله والاقرار بما ارتد بالرد فينفذ على المشتري لأن الشراء إذا وجد
نفذا لا يتوقف بل ينفذ على المشتري قال رحمه الله (الأن يسلمه المشتري إليه) أي إلى فلان المشتري له
فيكون له بالتسليم لأن اقراره الأول قد ارتد بالرد وصار ملكا للمشتري فإذا سلمه بعد ذلك إلى فلان المشتري له
وأخذه انعقد بينهما بيع جديد بالمعاطاة فتكون العهدة عليه لأنه صار مشتريا بالتعاطي كمن اشتري
لغيره شيئا بغير أمره حتى لزمه ثم سلمه المشتري إلى المشتري له ودلت المسئلة على أن التسليم على وجه البيع
يكفي لانعقاد البيع بالتعاطي في الخسيس والنفيس وإن لم يوجد نقد الثمن للعرف ولو جرد التراضي به
وهو المعتمد في باب المعاوضات المالية لقوله تعالى الآن تكون تجارة عن تراض قال رحمه الله (وإن أمره
بشراء عبدين معينين ولم يسم عينا فاشترى له أحدهما صحيح) لأن التوكيل مطلق غير مقيد بثن مقدور فيجوز
أن يشتري كل واحد منهما بقدر قيمته من الثمن أو أقل أو يزيد بزيادة يتغابن الناس في مثله وليس له أن يشتري
بما لا يتغابن الناس فيه لأن الوكيل بالشراء ليس له أنه يشتري بعين فاحش بالاجماع بخلاف الوكيل
بالبيع عند أبي حنيفة على ما يجبي عن الفرق بينهما وبخلاف ما إذا قدر له منهما فان ذلك فيه خلاف
في بعض صورته على ما يجبي وهي المسئلة التي تلي هذه المسئلة ولأنه قد يتعذر الجمع بينهما إلا بالاعتناء
الناس في مثله فيكون شراء أحدهما حيلة لتحصيلهما فوجب القول بالنفاذ قال رحمه الله (وبشراهما
بألف وقيمتهم مساو فاشترى أحدهما بنصفه أو أقل صح وبالأكثر لا لأن يشتري الباقي بما بقي قبل
الخصومة) أي لو وكاله بشراء العبدين بألف وقيمتهم مساو فاشترى أحدهما بنصف ألف أو أقل جاز
الشراء وبأكثر من نصف ألف لم يجز يعني لم يلزم الأمر قلت الزيادة أو كثرت لأنه قابل الألف بالعبدين
وقيمتهم مساو فينقسم عليهم ما نصفين دلالة فيكون أمره بشراء كل واحد منهما ما يحسمه ثمة ضرورة
فالشراء بخمسمائة موافقة وبأقل منها مخالفة إلى خير وبأكثر منها إلى شر فلا يلزم الموكل الآن أن يشتري
الباقي بما بقي من الألف قبل أن يختمهما استحسانا لأن غرضه المصريح به وهو تحصيل العبدين بألف
قد حصل وما ثبت الانقسام لادلالة والصريح يفوقها فلا تعتبر معه عند تعارضهما وهذا عند أبي حنيفة
رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله إن اشتري أحدهما بأكثر من نصف ألف بما يتغابن الناس
في مثله وقد بقي من الألف ما يشتري به العبد الباقي فهو جائز لأن التوكيل حصل مطلقا لا تقديرا
كل واحد منهما بخمسمائة والمطابق يحمل على المتعارف وهو الشراء بالقيمة أو بزيادة يسيرة قدر ما يتغابن
الناس فيه ولكن غرضه تحصيل العبدين بالألف فلا بد من أن يبقى من الألف قدر ما يشتري به الباقي
ليحصل غرضه قال رحمه الله (وبشراء هذا بدين له عليه فاشترى صح ولو غير عين نفذ على المأمور) أي
لو كان له دين على شخص فوكل الدائن المدين بأن يشتري له هذا العبد بذلك الدين فاشترى جاز ولزم
الموكل ولو وكاله بشراء عبدين غير معينين فاشترى لا يكون للأمر بل ينفذ على المأمور حتى لو مات عند المأمور
مات من مال المأمور والألف عليه فان قبضه الآخر فهو له وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقاله لا يلزم

مال المشتري والألف على المشتري كما هي وقال يعقوب ومحمد ذلك جائز لا يلزم للأمر في الوجهين جميعا إذا قبضه المأمور للأمر
إلى هنا لفظ محمد في الجماع الصغير اه (قوله فان قبضه الآخر فهو له) قال الاتفاق فان دفعه إلى الآخر فهو له لأنه يقع البيع بينهما ابتداء

بسييل التعاطى لانه دفعه على جهة التملك وبيع التعاطى جائز عندنا بما عزم من الاموال اؤخس اه (قوله وأصله أن التوكيل الخ) قال الاتقاني والحاصل أنه إذا أمر غيره أن يشتري له بما عليه شيء فإن عين المبيع أو البائع جاز اه (قوله لهما الخ) قال الاتقاني لهما أن الدراهم والدنانير لا يتعينان في عقود المعاوضات وفسوخها عندنا خلافا لفرز الشافعي وقد عرف ذلك في طريقة الخلاف في كتاب الصرف فكم لا يتعينان إذا كانتا عيناً لا يتعينان إذا كانتا ديناً ولهذا الخ اه (٣٦٧) (قوله على المشتري) المراد بالمشتري هنا الوكيل

وكان الاولى أن يقول على البائع كما قال الاتقاني ونصه ولهذا لو اشترى شيئاً بدين له على البائع ثم تصادقاً على أن لا دين له لا يبطل الشراء ووجب مثل ذلك الدين اه (قوله ثم هلك العين) هكذا بخط الشارح وعكس هذا كان في نسخة العلامة قارئ الهداية رحمه الله ثم كسطة وكتب مكانه استهلك وكتب تحته بخطه رحمه الله ما نصه أي الأمر أو الوكيل وانما قيد بالاستهلاك دون الهلاك لأن بطلان الوكالة بالاستهلاك لا بالهلاك ذكره قاضيخان في فتاواه اه ما كتبه بخطه وقال في الهداية ما نصه ألا ترى أنه لو قيد الوكيل بالعين منها أو بالدين منها ثم استهلك أو أسقط الدين بطلت الوكالة اه قال الاتقاني قال بعض الشارحين انما قيد بالاستهلاك دون الهلاك لأن بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك دون الهلاك وهذا الذي ذكره مخالف لما ذكره في شروح الجامع الصغير في هذا الموضع حيث قالوا لو

لا أمر في الوجهين وعلى هذا إذا قال الدائن للدين أسلم الدين الذي لي عليك فلان جاز وإن لم يعين فلان لم يجوز عنده وعندهم ما يجوز كيفما كان وكذا لو أمره بأن يصرف ما عليه من الدين وأصله أن التوكيل بالشراء إذا أضيف الدين لا يصح عند أبي حنيفة إذا لم يكن البائع أو المبيع متعيناً وعندهما يصح كيفما كان لهما أن النقدين لا يتعينان في المعاوضات عيناً كانا أو ديناً ولهذا لو اشترى شيئاً بدراهم على المشتري ثم تصادقاً أن لا دين لا يبطل الشراء ويجب عليه مثله فإذا لم يتعين صار الاطلاق والتقيد به سواء كافي غير الدين حتى إذا وكله بأن يشتري له عبداً ولم يعين الالف ولا البائع ولا المبيع جاز التوكيل فكذلك هذا فصار كالموقوف تصدق على الدين على المسكين فانه يجوز وكذا لو أجزأ جماً بأجرة معلومة وأمر المستأجر بالمرمة من الاجرة أو أجراً به وأمر المستأجر أن يشتري بالأجرة عبداً يسوق الدابة وينفق على الدابة فصار نظير ما لو كان البائع أو المبيع متعيناً ولا يبي حنيفة رحمه الله أن النقود تتعين في الوكالات ولهذا الوكيل قد هلك العين منها أو بالدين منها ثم هلك العين وأسقط الدين بطلت الوكالة فإذا تعينت فيها كان هذا عليك الدين من غير من عليه الدين وذلك لا يجوز إلا إذا وكله بقبضه له ثم بقبضه لنفسه وتوكيل المجهول لا يجوز فكان باطلاً كما إذا اشترى بدين على غير المشتري أو يكون أمراً يصرف ما لا يملكه إلا بالقبض فله وذلك باطل كما إذا قال أعط ما لي عليك من شئ بخلاف ما إذا عين البائع لانه بصير وكيلا عنه بالقبض وهو معلوم فيصح له مئنه فيصير البائع أو لا فبضاله ثم يملكه وتعين المبيع تعين للبائع فكان به معلوماً وبخلاف ما إذا أمره بالتصدق لانه جعل ماله لله تعالى وهو معلوم ولأن الفقير ينصب نائباً عن الله تعالى وقبض حقه والله تعالى محيط بكل شيء علماً فيكون الفقير الذي بقبضه له معلوماً فيصح وأما مسألة الحمام ونحوها فمقتضى هو قولهما ولئن كان قول الكل فائماً جاز باعتبار الضرورة لأن المستأجر لا يجد الاجرة في كل وقت فأقيم الحمام مقام المؤجر في القبض وأما مسألة التصديق بأن لا دين عليه بعد الشراء به فلان النقود لا تتعين في البيع ديناً كانت أو عيناً فإذا لم تتعين لا يبطل البيع بطلان الدين اذ لم يتقيد به بخلاف الوكالة فإن النقود تتعين فيها وكلاهما وذكر في النهاية أن النقود لا تتعين في الوكالة قبل القبض بالاجماع وكذا بعده عندنا عنهم لأن الوكالة وسيلة إلى الشراء فتعتبر بالشراء وعزمه إلى الزيادات والخيرة فعلى هذا لا يلزمهما ما قاله أبو حنيفة رحمه الله والتعليل الصحيح له أن يقال إن عليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز فكذلك التوكيل به وانما جاز في المعين لكونه أمراً لله بالقبض ثم بالتملك لا توكيلاً للدين بالتمليك وإن لم يكن معيناً لا يصح الأمر للمجهول فكان توكيلاً للدين بالتمليك في الاسلام والشراء والصرف فلا يجوز ما ذكرنا فإذا لم يصح التوكيل عنده نفذ الشراء على الأمور حتى إذا هلك بعد القبض يملك من ماله إلا إذا قبضه الأمر منه فحينئذ ينفع البيع بينهما بالتعاطى فيكون الأمر قال رحمه الله (وبشراء أمة) أي وكله بشراء أمة (بألف دفع اليه فاشترى فقال اشترت بمحمدة سمائة وقال المأمور بألف قال قول للمأمور) يعني إذا كانت الأمة تساوى ألقا لانه أمين ادعى الخروج عن عهدته لأمانة والأمر يدعى عليه حق الرجوع بمحمدة سمائة والمأمور ينكر فكان القول

هلك الدراهم المسلمة إلى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة فأقول كأن المصنف قيد بالاستهلاك حتى لا يتوهم متوهم أن الوكالة لا تبطل إذا استهلك الوكيل الدراهم المسلمة اليه لانه يضمن الدراهم فيقوم مثلها مقامها فيصير كأن عينه باقية فقال بالاستهلاك تبطل الوكالة كافي الهلاك لتعين تلك الدراهم كافي هلاك المبيع قبل التسليم اه (قوله كما إذا قال أعط ما لي عليك من شئ) أي وألقه في البحر بخلاف ما إذا قال أعط ما لي عنده من العين من شئ وألقه في البحر كان التوكيل صحيحاً لأن الموكل يملكها غايه (قوله وقبض حقه) هكذا هو بخط الشارح وعبارة البكافي وغيره في قبض حقه اه (قوله الأجرة) كذلك بخط الشارح وعبارة غيره الاجرة اه

(قوله وان كانت قيمتها ألفا)

قال الاتقاني وان كانت
تساوي ألفا فالقول قول
الامر أيضا قالوا في شروح
الجامع الصغير يتحالفان
فيه وتلزم الجارية المشتري
فانه أطلق في الكتاب في هذا
الفصل وقال القول قول
الامر ولم يفصل بين ما اذا
كانت قيمتها ألفا أو أقل وكان
ينبغي أن يكون القول قول
المأمور اذا كانت تساوي
ألفا لانه اشتراها بألف فقد
وافق الامر (قوله وقيل
لا يتحالفان) أي ويلزم العبد
الامر اه (قوله وقال
قاضيجان وهو أصح) قال
الاتقاني رحمه الله ولم يذكر
الامام غير الدين قاضيجان
قول أبي منصور وكأنه جعل
قول أبي جعفر أصح اه
وظاهره أن قاضيجان لم
يصرح بالتصحيح بخلاف
ما ذكره الشارح والله أعلم
اه ك (قوله وان لم يستوف
فهو أجنبى عن الامر فلا
مدخل له) أي لانه لم يقع
العقدين منهما فلا يصدق على
الموكل فاذا لم يعتبر تصديق
البائع بقى الخلاف بين البائع
وهو الموكل وبين المشتري
وهو الموكل فوجب التحالف
اه غاية (قوله لان الموكل
هو المتدعي) لانه بمنزلة البائع
من الموكل اه (قوله ويجب
على المشتري) أي في المسئلة
الثانية وهي قوله وان قال
اشترته اه (قوله أو على
المتعق) أي في المسئلة الاولى وهي قوله ويشتره نفس الامر من سيده الخ اه

قوله وان كانت تساوي خمسمائة لا تلزم الامر لانه خاف أمره اذا الامر تناول أمة تساوي ألفا فينفذ
على المأمور ولان فيه غبنا فاحشا فلا يلزم الامر لان المأمور لا يملك أن يخالف الامر ولا أن يشتري بغبن
فاحش ولا فرق في ذلك بين أن يشتريها بألف أو بخمسمائة لما ذكرناه من مخالف قال رحمه الله (وان لم يدفع
فلان امر) أي ان لم يدفع الامر الألف الى المأمور والمسئلة بجاليها كان القول للامر وتلزم الامة المأمور
وهذا فيما اذا كانت قيمة الامة خمسمائة فقط اه لما ذكرناه من المخالفة والغبن الفاحش وان كانت قيمتها
ألفا فعندها أنهم ما يتحالفان لانهم ما اختلفا في مقدار ما يجب للموكل وعلى الموكل وقد جرى بينهم ما مبادلة
حكيمية على ما بينا من قبل ثم اذا اختلفا فيسخ العقدين بينهما وتلزم الجارية المأمور لان تقاض ملك الامر
بالفسخ قال رحمه الله (ويشتره هذا) أي وكله بشرائه هذا العبد (وليس يتم تخلفا قال المأمور واشترته بألف
وصدقه البائع وقال الامر بصدقه) وهو وخمسمائة (متحالفان) لانهم ما اختلفا في مقدار الثمن وليس لهما بينة
فوجب المصير الى التحالف كما في المسئلة الاولى وقيل لا يتحالفان هنا لان الخلاف يرتفع بتصديق
البائع اذ هو حاضر فيجعل تصدقه بمنزلة انشاء العقد في الحال وفي المسئلة الاولى هو غائب فاعتبر
الاختلاف والى هذا مال الفقيه أبو جعفر وقال قاضيجان وهو أصح ومال أبو منصور والى الاول لما
ذكرناه وقول البائع لا يعتبر لانه ان استوفى الثمن فهو أجنبى عنهم وان لم يستوف فهو أجنبى عن الامر فلا
مدخل له بينهم وقال في الهداية وهو أظهر وقال في الكافي هو الصحيح وقد نص محمد في الجامع
الصغير أن القول للمأمور مع عينه قالوا ومراومه التحالف لكنه اكتفى بذلك كرمين الوكيل لان الوكيل هو
المدعي ولا عين على المدعي الا في صورة التحالف فكان المقصود بالتحالف عين المدعي دون المنكر اذا كان
لا بد منه والموكل بمنزلة المشتري وهو منكر ولو لا مراومه التحالف لكان القول قول الامر لكونه منسكرا
فكان يأخذ المبيع بما ادعى من الثمن اذا اختلف ولم يذ كر عين المأمور هكذا ذكره المشايخ رحمه الله
الآن فيه اشكال لانه وان كان يدل على ما ذكرناه من حيث المعنى لكن اعظم لا يدل على ذلك ولا على
الاول فان قولنا القول للمأمور مع عينه يدل على ان المأمور يصدق فيما قال وفي التحالف لا يصدق واحد
منهما ولو كان مراومه التحالف لما قال ذلك وهذا فيما اذا اتفقا على أنه أمره أن يشتريه بألف وان اختلفا
فيه فقال الامر امرتك أن تشتريه بخمسمائة وقال المأمور امرتني بالشراء بألف فالقول قول الامر
مع عينه لان الامر يستفاد من جهة فيكون القول قوله ويلزم العبد المأمور لخالفته فان أقاما البينة
فالبينة بينة الوكيل لانها أكثر اثباتا قال رحمه الله (ويشتره نفس الامر من سيده بألف ودفع فقال
لسيده اشترته لنفسه فباعه على هذا عتق ولاؤه لسيده وان قال اشترته فاعبد للمشتري والألف
لسيده وعلى المشتري ألف مثله) أي لو وكل العبد رجلا بشرائه نفسه من سيده بألف والامر هو العبد
ودفع الألف الى الوكيل فقال الوكيل لسيده وقت الشراء أنا اشترى عبداً لنفسه فباعه على هذا عتق
ولاؤه لسيده وان قال الوكيل اشترته ولم يبين أنه يشتريه لنفسه العبد كان العبد مملوكا للوكيل وهو
المشتري والألف الذي أخذه من العبد ودفعه الى المولى كان لأولى فيهما حجانا ويجب على المشتري أو على
المتعق الألف وأصله أن يبيع العبد من نفسه اعتاق على مال وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق ببذل
لان اعتباره بيعا حقيقة غير ممكن (مالان العبد ليس أهل للملك أو لاستئالة أن يملك نفسه فجعل حجانا عن
الاعتاق لو جود ازالة الملك فيه كالبيع فاذا اشتراه الوكيل للعبد صار البائع معتقاً يلزمه الولاء والوكيل
بالقبول سفير ومعب عنه فلا ترجع الحقوق اليه واذا أطلق الوكيل ولم يبين لأولى أنه يشتريه لنفسه
العبد يقع العقد للوكيل لان ظاهر هذا اللفظ للبيع فلا يعدل عنه الى العتق بغير علم المولى ولعله لا يرضى به
لما فيه من لزوم ولائه وعقل جنائبه فلا يكون الشراء للعبد بخلاف الوكيل من غير العبد حيث دخل
في ملك الموكل بالشراء من غير أن يبين لأولى أنه يشتريه لموكله لان حكم العقد فيه لا يختلف بين أن يكون

له أو لوكله إذا كل بيع والوكيل أصيل فيه في الحالين حتى تتعلق به الحقوق في الحالين فلا يحتاج فيه
 إلى البيان وهنا أحدهما اعتناق معقب للولاء ولا يتعلق به الحقوق بالوكيل والآخر بيع وأحكامه
 خلاف العتق فلا يدل رضاه بأحدهما على الرضا بالآخر فلا بد من البيان فإذا لم يبين ثبت الملك للوكيل
 والألف للمولى لأنه كسب عبده وعلى المشتري أو على العبد إذا عتق ألف مثلهما غنما أو بدل العتق لأن
 الاداء قد بطل لاستحقاق المولى ما أدام بجهة أخرى وهو أنه كسب عبده فكان ملكه قبل الشراء وقبل
 العتق فلا يصلح ملكه بدلا عن ملكه ثم إذا لم يبين يرجع المولى بالثمن على الوكيل لأنه العاقد والمالك
 للعبد فترجع الحقوق إليه وإن بين أنه يشتري العبد فقد كرمه في باب الوكالة بالعتق من كتاب الوكالة
 أن العتق يقع والمال على العبد دون الوكيل وذكر في وكالة المأذون والمكاتب من كتاب الوكالة وفي
 وكالة الجامع الكبير أن العبد يعتق والمال على الوكيل لأن توكيله بشراء العبد كتوكيله بشراءه
 لغيره فيطالب ببذله الوكيل والصحيح الأول لأن وكيل العبد في العتق سفير ومعبور ولفظ البيع يكون
 مجازا عن العتق لانه ذراعتا بمعنى البيع حقيقة ولهذا لا يستغنى عن إضافته إلى العبد إلا مرة فلا
 تتعلق بالوكيل حقوقه فيطالب إلا مَرَّ كما إذا كان الأمر ببيع نفس العبد من العبد وهو المولى حيث
 يكون الطلب بالبدل إلى المولى دون الوكيل لما قلنا قال رحمه الله (وإن قال لعبد اشتري نفسك من
 مولك فقال للمولى يعني نفسي أفلان ففعل فهو لا أمر وإن لم يقل أفلان عتق) أي إذا قال رجل لعبد
 اشتري نفسك من مولك فقال العبد لمولاه يعني نفسي أفلان فباعه المولى على هذا الشرط كان العبد
 ملكا لا أمرا وإن أطلق العبد بأن قال يعني ولم يقل أفلان عتق وأصله أن العبد يصلح أن يشتري نفسه
 لنفسه ولغيره بطريق الوكالة لأن جواز الشراء باعتبار المالية والعبد أجنبي عن نفسه في حكم المالية
 إلا أن البائع لا يملك حبس العبد حتى يستوفي البدل لأن العبد في نفسه فيكون قابض لنفسه بمجرد
 العقد كالمودع إذا اشترى الوديعة لا يكون للبائع حبس المبيع لوجود القبض بمجرد العقد سواء اشتراه
 لنفسه أو لغيره إذا ثبت هذا فنقول إذا أضاف العقد إلى الموكل كان ملكا للموكل وإذا أضاف الشراء إلى
 نفسه بأن قال يعني نفسي لنفسى عتق لماذا كرنا ولا يقال إن العبد وكيلا بشرأى شيء معين فوجب أن
 لا يجوز له شراء نفسه لانا نقول أي يجنس آخر من التصرف لأن بيع العبد من نفسه اعتناق على
 مال وشراءه قبول العتق فيكون مخالفا فينفذ عليه لأن الوكيل بشرأى شيء معين يتفد عليه عند المخالفة
 على ما بينا من قبل وإن أطلق بأن قال يعني نفسي ولم يقل لي ولا أفلان عتق أيضا لأن المطلق محتمل
 الوجهين فلا يقع أمثاله بالشك فيسبق التصرف واقعا لنفسه ولا يقال إن البيع حقيقة فيه والعتق
 مجاز فينبغي أن يحمل على الحقيقة عند التردد إذا حمل على الحقيقة هو الأصل باتفاق العلماء لانا نقول
 الأصل أن الإنسان يتصرف لنفسه فتعارض الأصلان فتساقط فيرجع إلى غرض المولى فإنه
 لما اختلف التصرفان فالظاهر أن المولى يريد الاعتناق إذ بيع العبد من نفسه مطلقا اعتناق واقتصاره
 على إضافته إلى العبد دليل عليه ولا يرضى بخروجه عن ملكه إلا إلى الحرية لثبوت له الولاء عليه ثم الثمن
 هنا يكون في ذمة العبد في الوجهين دون ذمة الأمر أما إذا وقع الشراء لفظا ظاهرا وأما إذا وقع للأمر
 فلا ينفذ وهو المباشر للعقد فترجع إليه الحقوق فيطالب بالثمن ويرجع هو به على الأمر ولا يقال للعبد هنا
 محجور عليه والوكيل إذا كان محجورا عليه لا ترجع الحقوق إليه لانا نقول زال الحجر هنا بالعقد الذي
 باشره مقترنا بأذن المولى ثم إذا كان الشراء للأمر فلا بد من قبول العبد لأنه لا يبيع فلا ينعقد إلا بالإيجاب
 والقبول وإن وقع للعبد يكتفى بقول المولى بعت ولا يحتاج فيه إلى قبول العبد بعد قوله يعني نفسي لأنه
 اعتناق فيستدبه المولى بناء على أن الواحد يتولى طرفي العقد في العتق كالنكاح ولا يتولى طرفي العقد
 في البيع

فصل في قول الله (الوكيل بالبيع والشراء لا يعقد مع من ترد شهادته له) وذلك مثل قرابة الولاد

(قوله لوجود القبض بمجرد
 العقد) يشكك عليه قوله في
 الفصول العمادية ولو كانت
 وديعة فباعه يحتاج إلى
 قبض جديد لأن غير المضمون
 لا ينوب عن المضمون اهـ
 هذا الفصل
 عقده للبيع وذكره بعد فصل
 الشراء لأن الزالة تستدعي
 سابقة الاثبات اهـ (قوله
 وذلك مثل قرابة الولاد) كأيـه
 وجده وأمه وولده وإن سفل

اهـ

(قوله وعبيده) أي ومكاتبه ومذبر وأتم ولده اه (قوله وقال يجوز بيعه منهم بمثل القيمة) وتخصيص قوله بمثل القيمة إشارة إلى أنه لا يجوز بالغبن اليسير واللا يمكن للتخصيص بمثل القيمة فائدة لكن ذكر في الذخيرة أنه يجوز بالغبن اليسير لأن اليسير ملحق بالقيمة وسيأتي هنا عن النهاية مثل ذلك اه (قوله لأن الاملاك متباينة) ألا ترى أن اللابن أن يطأ جارية نفسه فلو لم يكن الملك متبايناً لم يكن له ذلك لأن وطء الجارية المشتركة لا يجوز ولا يجوز له أن يطأ جارية أبيه فلما تبين الملك بين الوكيل وبين هؤلاء كان عقده معهم بيعاً وشراءً كالعقد مع الأجنبي ولهذا لم يحصل للوكيل شيء من البيع أصلاً فكان العقد صحيحاً بخلاف ما إذا باع من عبده الذي لا دين عليه لأنه وما في يده ملك مولاه والبيع منه كالبيع من نفسه فلو باع الوكيل من نفسه لا يجوز فكذلك إذا باع من عبده وكذلك إذا باع من مكاتبه لأن الرق باقي في المكاتب فصار كالعبد الفتي وبخلاف ما إذا باع من عبده الصغير لأنه يبيع من نفسه والوكيل لا يملك ذلك اه اتفاقاً وكتب على قوله في هذه الحاشية ما نصه قوله بخلاف ما إذا باع من عبده الذي لا دين عليه وقيد في المبسوط من عبده الذي لا دين عليه كما هنا لأن كسبه ملك مولاه فيبيعه منه كيبيعه من نفسه فكان فيه (٣٧٠) إشارة إلى أنه إذا كان عليه دين يجوز اه (قوله بخلاف عبده ومكاتبه لأن ملك

ملكه وله في مال مكاتبه) وأحد الزوجين للآخر وعبيده وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال يجوز بيعه منهم بمثل القيمة إلا من عبده أو مكاتبه لأن التوكيل مطلق ولا تهمه فيه لأن الاملاك متباينة والمنافع منقطعة فصار كالمضارب بخلاف عبده ومكاتبه لأن ملك ملكه وله في مال مكاتبه حق وينقلب حقيقة بالعجز فيكون بيعاً من نفسه أو تمكنت شبهته وبخلاف الغبن الفاحش ولا يبي حنيفة رحمه الله أن مواضع التهم مستثناة عن الوكالات وهذه مواضعها لأن المنافع بينهم متصلة فصار بيعاً من نفسه من وجه فلا يجوز ولهذا لا تقبل شهادته لهم وتباين الاملاك لا يمنع الاتصال من وجه آخر بخلاف المضارب لأن المضارب كل تصرف لنفسه من وجه ألا ترى أن رب المال لا يملك نفيه عن التصرف بعد ما صار المال عروضا وأنه يشريه في الربح فلا يلحقه التهمة في البيع بمثل القيمة لأنه بمنزلة من يبيع مال نفسه على أنه عند بعضهم هو كالموكل فجوزوا فيه ما البيع لهم بمثل القيمة فعلى هذا لنا أن نمنع قالوا هذا إذا لم يطلق له الموكل وأما إذا أطلق له بأن قال له الموكل بيع من شئت فبيعه فجوز بيعه لهم بمثل القيمة وذكر في النهاية أن الوكيل بالبيع إذا باع من لا تقبل شهادته لعان كان بأكثر من القيمة يجوز بخلاف وان كان بأقل من القيمة يغبن فاحش لا يجوز بالإجماع وان كان يغبن يسير لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز وان كان بمثل القيمة فعن أبي حنيفة رحمه الله روايتان في رواية الوكالة والبيع لا يجوز وفي رواية المضاربة يجوز وبيع المضارب وشراؤه من لا تقبل شهادته على هذا التفصيل إلا أنه إذا كان بمثل القيمة يجوز هنا عندنا باتفاق الراويات وفي الوكيل روايتان وقد بينا الفرق على أحدهما وعلى هذا الخلاف الاجارة والصرف والسلم ونحوها قال رحمه الله (ويصح بيعه بما قل وكثر وبالعرض والنسيئة) يعني الوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقبول والكثير الخ وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغبن الناس في مثله ولا يجوز إلا بالدراهم حالة أو إلى أجل متعارف لأن مطلق الوكالة يتقيد بالتعارف والتصرفات تدفع الحاجات فيستفيد التوكيل

ملكه وله في مال مكاتبه
حق قال الامام الاسي جابي
في شرح الطحاوي ولا يجوز
شراء الوكيل لنفسه ولا يبيعه
منها وكذلك إذا أمره الموكل
أن يبيعه من نفسه أو يشتري
من نفسه لم يجز أيضاً وكذلك
إذا باعه الوكيل من ابن له
صغير لم يجز كأنه باع من نفسه
ولو باع من نفسه لم يجز
وكذلك لو باعه من عبده أو
مكاتبه لم يجز بالإجماع وان
باعه من أوليه وان علواً أو
باعه من أولاده وان سفلوا
أو باعه من زوجته أو الزوجة
إذا باعته من زوجها أو باعه
من لا يجوز شهادته له لا يجوز
عند أبي حنيفة رضي الله
عنه وعندهما لا يجوز ولو أمر
الوكيل بالبيع من هؤلاء

وأجاز له ما صنع فيبيعه من هؤلاء مجاز بالإجماع إلا أن يبيعه من نفسه أو ولده الصغير أو من عبده ولا دين عليه فإنه لا يجوز بها وكذلك حكم الوكيل بالشراء إذا اشترى من هؤلاء إلى هنا لفظ شرح الطحاوي اه اتفاقاً **فرع** ثم الوكيل بالبيع لا يجوز أن يبيع من نفسه عندنا والشافعي وأحمد في ظاهر مذهبه وعن أحمد في رواية يجوز وبه قال مالك والأوزاعي إذا لم يحجب لعدم التهمة وقتنا لو جاز يؤدى إلى التضاد في الأحكام فإنه يكون مستزداً ومستفصلاً أيضاً ومخاضاً في العيب ومخاضاً وفيه من التضاد ما لا يخفى ولو قال له بيع من نفسك أو اشتر من نفسك لم يجز أيضاً كذا في شرح الكافي اه من خط قارئ الهداية (قوله وتباين الاملاك الخ) أي قدر ذلك التباين ما لم يؤثر في قبول الشهادة علمنا أن ذلك لا قدر وجوده كعدمه اه كي (قوله فجوزوا) أي فجوز بعضهم للوكيل والمضارب البيع من هؤلاء بمثل القيمة فلم يحتج إلى الفرق اه (قوله ولا يجوز إلا بالدراهم) أي أو الدنانير اه وقال في الاسرار روى الحسن رواية عن أبي حنيفة أنه لا يجوز بيعه إلا بمثل القيمة ونقصان يتغبن الناس في مثله وهو قولهما وقول الشافعي كقولهما كذا في المختلف وشرح الاقطع اه اتفاقاً **فرع** لو وكل رجلاً بعتق عبده غداً أو يبيعه غداً فعتقه أو باعه بعد غداً جاز خلافاً لفرز كره الكرماني في مناسكه وقد نقلت عبارة قيل باب الهدى فارجع إليه اه (قوله لأن مطلق الوكالة يتقيد بالتعارف) قال في التهمة الوكيل بالبيع

المطلق اذا باع بثمن مؤجل قيل على قول أبي حنيفة يجوز وان طالت المدة وعندهما يجوز بأجل متعارف في تلك الساعة وبالزيادة على ذلك فلا وعن أبي يوسف ان وكاله بالبيع على وجه التجارة فله أن يبيعه بالنسيئة وان وكاله بالبيع لحاجته الى النفقة أو قضاء الدين أو ما أشبه ذلك فليس له أن يبيعه بالنسيئة ونقله عن باب الوكالة بالسلم للصدر الشهيد ثم قال في التهمة وذكر في الباب الثاني من شرح بيوع الكافي أن الوكيل بمطلق البيع عكس البيع بالنسيئة عندنا خلافا للشافعي ثم قيل يجوز البيع بالنسيئة على قول أبي حنيفة طالت المدة أو قصرت وعندهما لا يجوز إلا بأجل متعارف في تلك الساعة وهو المأخوذ اه اتقاني رحمه الله (قوله متعارف عند شدة الحاجة) واطلاق لفظ الموكل واقدام الوكيل على ذلك من غير تهمة دليل على وقوع الحاجة اه غايه وكتب أيضا على قوله متعارف مانعه فالعرف مشترك اه كافي وكتب أيضا فان الناس يقولون هذا بيع راجح وذلك بيع خاسر وذلك بيع عدل فالولا أن البيع بغبن فاحش يكون بيعا لم يصح اطلاق البيع عليه اه غايه (قوله ويستحق الكل بالشفعة) (٣٧١) قال في الكافي والبيع بغبن فاحش بيع من كل

وجه فبما من جزء من المبيع الا ويقابل جزء من الثمن ولهذا يستحق الكل بالشفعة اه (قوله والوكيل بالشراء الخ) قال الاتقاني وأما الوكيل بالشراء انما يجوز له الشراء بغبن فاحش على إحدى الروايتين عن أبي حنيفة للتهمة لانه من الجائز أن يشتريه لنفسه ثم يارأى فيه الخسران ألقه بالأمر حتى لو انتقت التهمة بان كان وكيلاً بشراء شيء بعينه جاز شراؤه على الأمر عند أبي حنيفة أيضا لعدم التهمة اه فقوله حتى لو انتقت التهمة الخ يخالف لقول السراح بخلاف الوكيل بشراء شيء بعينه اه (قوله ولما رأى الصفة خاسرة نسبها اليه) نقل في التهمة والفتاوى الصغرى عن باب

بها جموعها والمتعارف البيع بثمن المثل وبالتقود حالة أو مؤجلا به بأجل متعارف بين الناس وبيع ما يساوي ألفا بشفعة الى مائة سنة غير متعارف فيتعبد بالمعتاد ولهذا يتعبد بالتوكيل بشراء الأضحية والفحم والجد بأيام الحاجة من تلك السنة ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجهه ولهذا لو صدر من المريض اعتبر من الثلث ولا يملكه الأب والوصي فصار كالوكيل بالشراء والبيع بالعرض شراء من وجه ولم يملكه ولا بالهبة فلا يدخل تحت الأمر بالبيع ولا بي حنيفة رحمه الله ان التوكيل بالبيع مطلق فيجوز على اطلاقه في غير موضع التهمة وهذا لان البيع هو مبادلة المال بالمال مطلقا من غير تعبد بنقد أو بقيمة والبيع بالغبن الفاحش أو بالعرض أو بالنسيئة اذا لم يكن في لفظه ما ينفي ذلك كقوله بعه واقض به ديني أو لشفعة ونحو ذلك متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن والتضجر من العرض فلم يخرج من أن يكون بيعا في العرف ولا في الحقيقة ولهذا وحلف أن لا يبيع يحتمل به ويستحق الكل بالشفعة واليمين تنصرف الى المتعارف كالوكالة ولا شفعة في الهبة وانما لا يملكه الأب ولا الوصي لان ولا يمتنع بيعه بشرط النظر ولا نظر في الغبن الفاحش وحق الورثة يتعلق بالمالية في مرضه فلا يكون له ابطاله فيما زاد على الثلث والوكيل بالشراء منهم لاحتمال أنه اشتراه لنفسه ولما رأى الصفة خاسرة نسبها اليه ولا يمكن ذلك في البيع فلا يتم والمسائل المستشهد بها ممنوعة على قول أبي حنيفة رحمه الله والمقايضة بيع من كل وجه شراء من كل وجه لان كل واحد منهما يبيع ماله ويشتري مال الآخر ولا تهمة فيه لعدم احتمال الشراء لنفسه فيجوز بالقليل والكثير بخلاف الوكيل بشراء شيء بعينه حيث لا يكون له أن يشتريه للوكل بالغبن الفاحش وان كان لا يملك شراء لنفسه لانه بالخالفه فيه يكون مشتريا لنفسه فكانت التهمة فيه باقية والوكيل بالنكاح اذا تزوجه بأكثر من مهر مثلهما جاز لعدم التهمة قال رحمه الله (وتعبد شراؤه بمثل القيمة وزيادة بغبن الناس فيها وهو ما يدخل تحت تقويم المقومين) أي تعبد شراؤه الوكيل بمثل القيمة حتى لا يجوز شراؤه بالغبن الفاحش وهذا بالاجماع والفرق لابي حنيفة رحمه الله قد ذكرناه وفرق آخر أن أمره بالبيع يلاقي ملك نفسه وفي الشراء ملك غيره وله في ملك نفسه ولاية مطلقة فاعتبر اطلاقه وليس له ولاية في ملك غيره فلم يعتبر خملته على أخص الخصوص وهو الشراء بالنقد ومثل القيمة

الوكالة بالسلم أن تعبد التوكيل بشراء الأضحية والجد والفحم مروى عن أبي يوسف أما عند أبي حنيفة يعتبر بالاطلاق يعني لا يتعبد بزمان الأضحية والصيف والشتاء وهذا معنى قوله والمسائل ممنوعة على قول أبي حنيفة ولئن سلمنا أن التوكيل بتعبد فنقول انما يتعبد بدلالة الغرض لا بدلالة العادة لان الغرض من شراء الفحم دفع ضرر البرد وذلك يختص بالشتاء والغرض من شراء الجدد دفع ضرر الحر وذلك يختص بالصيف حتى لو اعدمت هذه الدلالة بان وجد التوكيل عن بيعه تترتب بص الفحم كالحاددين وغيرهم أو تربص الجدد كالفقاعين وغيرهم لا يتعبد كذا قال الامام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف وكذلك الأضحية تعبد بأيام النحر بالغرض لا بالعادة لان غرض الموكل خروجه من عهده الوجوب الذي يلحقه في أيام تلك السنة اه غايه (قوله والمسائل) أراد بها مسائل شراء الفحم والجد والأضحية اه (قوله والمقايضة بيع من كل وجه شراء من كل وجه الخ) لان كل واحد من العوضين يصح أن يكون مبيعا ومشتريا بغير فرق أحدا الأمرين من الاختيار بخلاف حرف الباء التي تعصب الأيمان فعلى أيهما دخل الباء يجعل ذلك غناؤا لا خرميعة غناؤا كان بيع المقايضة بيعا من كل وجه تناوله مطلق التوكيل بالبيع اه غايه (قوله حتى لا يجوز شراؤه بالغبن الفاحش) قال في شرح الاقطع وعن أبي حنيفة رواية أخرى أنه يجوز بالقليل والكثير

اعوم الامراء غاية (قوله وفي النهاية جعل هذا القدر معقوا) وعليه مشى في الجمع فقال ويجوز للوكيل بالشراء العقد بمثل القيمة وزيادة يتعان في مثلها كنصف درهم في عشرة في العروض ودرهم في الحيوان ودرهمين في العقار قال شارحه هذا بيان للغبن اليسير اه (قوله وهو خلاف ما ذكره صاحب الهداية والكافي) قال في الهداية والذي لا يتعان فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين وقيل في العروض (١) درهم وفي الحيوان درهمين وفي العقار درهمين لان التصرف بكثير وجوده في الاول ويقل في الاخير ويتوسط في الاوسط وكثرة الغبن اقله التصرف اه (قوله وليس بشئ هذا كله الخ) أي جواز عقد الوكيل بالشراء بزيادة يتعان الناس في مثلها اه (قوله هذا كله نقله الاتقاني عن الامام خواهر زاده ثم قال في آخره قال في بيوع التهمة وبه يفتى اه (قوله في المتن ولو وكاه يبيع عبد فباع نصفه) أي أو جزأ معلوما اه غاية (قوله فيجوز مطلقا مجتمعا ومتفرقا) (٣٧٣) سواء باع الباقي منه أو لم يبيع اه غاية (قوله ولانه لو باع كله

فيه قيد به ما ولان اعتبار الاطلاق في الشراء غير ممكن فوجب حمله على ما ذكرناه لولا يحمل عليه لا اشتراه بجميع ما يملكه الموكل وبزيادة في حقه بذلك ضرر عظيم والوكيل بالبيع لا يقدر على ذلك فامكن اعتبار اطلاق الامر فيه فافترقا وكذا ليس له أن يشتري بمكيل أو موزون غير التقدين دينيا في التهمة لان التوكيل بالشراء يتقيد بالتعارف وهو الشراء بالتقدين وقال زفر رحمه الله ذلك حتى لو اشتراه به ينفذ على الموكل لانه شراء من كل وجه اذا الموصوف منه عن بخلاف ما اذا كان معيننا ثم قدر الغبن اليسير هنا بما يدخل تحت تقويم المقومين وما لا يدخل تحت تقويم المقومين فاحش لان القيمة تعرف بالخبر والظن بعد الاجتهاد فيعذر فيما يشبه لانه يسير لا يمكن الاحتراز عنه ولا يعذر فيما لا يشبه لفحشه ولا مكان الاحتراز عنه لانه لا يقع في مثله عادة الاعدا وقيل حد الفاحش في العروض نصف عشر القيمة وفي الحيوان عشر القيمة وفي العقار خمس القيمة وفي الدراهم ربع عشر القيمة لان الغبن يحصل لقلية الممارسة في التصرف فكلما كانت الممارسة فيه أقل كان الغبن فيه أكثر فيعني عن التفاوت بحسب الممارسة والصحيح الاول وفي النهاية جعل هذا القدر معقوا وهو خلاف ما ذكره صاحب الهداية والكافي وقيل لا يتحمل الغبن اليسير أيضا وليس بشئ هذا كله اذا كان سعره غير معروف بين الناس ويحتاج فيه الى تقويم المقومين وأما اذا كان معروفا كالخبز واللحم والموز والحب لا يعني فيه الغبن وان قل ولو كان فلسا واحدا قال رحمه الله (ولو وكاه يبيع عبد فباع نصفه صح) عند أي حنيفة رحمه الله لان اللفظ مطلق عن قيد الاجتماع فيجوز مطلقا مجتمعا ومتفرقا فصار كالموكل يبيع المكيل والموزون ولانه لو باع كله بهذا القدر من الثمن جاز عنده فينصفه أولى أن يجوز وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله لا يجوز لان فيه ضررا للشركة وهو غير معتاد وهو عيب ينقص به القيمة فلا يدخل تحت الامر المطلق فلا يجوز الا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصم لان بيع النصف قد يقع وسيلة الى الامتناع بان لا يجد من يشتريه جله فيحتاج الى التفريق فيتمين ذلك ببيع الباقي بعده بخلاف المكيل والموزون لانه لا ضرر في تبعضه ولا تنقص قيمته بذلك فلنا ضررا للشركة أهون من ضرر بيع الكل بنصف الثمن وقولهما استحسان والقياس ما قاله أبو حنيفة رحمه الله قال رحمه الله (وفي الشراء يتوقف ما لم يشتري الباقي) أي في الوكيل بشراء العبد اذا اشترى نصفه يتوقف شراؤه فان اشترى باقيه قبل أن يختصم الزم الموكل والالزم الوكيل وهذا بالاجماع لان شراء البعض قد يقع وسيلة الى الامتناع بان كان العبد بين جماعة فلم يقدر على شراء كله دفعة واحدة فيحتاج الى شرائه شقفا فشقصا حتى يشتري الكل فاذا اشترى الكل قبل رد الامر الشراءتين أنه وسيلة فينصفه على الامر وان

به هذا القدر من الثمن جاز عنده) أي عند أي حنيفة لما تقدم في قوله وبصحه بعه بما قل وكثر اه (قوله فلا يجوز الا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصم) أي فهمما جعلاه كالشراء وهو فرق بينهما اه غاية وكتب أيضا عليه ما نصه فينصفه جواز أيضا عندهما استحسانا اه غاية (قوله وقولهما استحسان والقياس ما قاله الامام الخ) قال الاتقاني وأصل ذلك أن أبا حنيفة يعتبر العوم والاطلاق في التوكيل بالبيع وأما في التوكيل بالشراء فيعتبر المتعارف الذي لا ضرر فيه ولا تهمة وعندهما كلاهما سواء اه (قوله في المتن وفي الشراء يتوقف) قال الاتقاني يعني بالانفصال اه (قوله وهذا بالاجماع) قال العيني قلت فيه خلاف زفر والثلاثة فان عندهم

لا ينفذ البيع الا في قول الشافعي ورواية عن أحمد اه (قوله فينصفه على الامر الخ) قال الاتقاني فان ابتاع الباقي منه قبل الموصومة لزم الامر عندنا وعند زفر يلزم الوكيل دون الامر ولو اختصم الوكيل مع الموكل الى القاضي قبل أن يشتري الوكيل الباقي والزم القاضي الوكيل ثم ان الوكيل اشترى الباقي بعد ذلك يلزم الوكيل بالاجماع وكذلك هذا الحكم في جميع الاشياء التي في تبعضها مضرة ويكون التشقيص فيه عيبا كالعبد والامة والذابة والثوب وما أشبه ذلك ولو وكاه بشراء شيء ليس في تبعضه مرة ولا يكون التبعض فيه عيبا فاشترى بعضه لزم الامر فهو أن يوكله بشراء كرم من حنطة بمائة درهم فاشترى نصف الكرم بخمسين درهم لزم الامر وكذلك لو وكاه بشراء عبد بن فاشترى له أحد هما لزم الامر بالاجماع وكذلك لو وكاه بشراء جماعة من العبد فاشترى واحدا منهم لزم الامر اه (١) قوله درهم يعني عشرة ونصف ودرهمين يعني اثنى عشر اه من هاشم الاصل كتبه معجمه

لم يشتر حتى رد الشراء نفذ على المأمور بخلاف الوكيل يبيع العبد عند أبي حنيفة رحمه الله على ما بينا
والفرق بينهما أن الشراء يتحقق فيه التهمة دون البيع على ما مر بيانه ولأن الأمر بالبيع يصادف ملكه
فيصح فيعتبر فيه إطلاقه والأمر بالشراء يصادف ملك الغير فلم يصح فيعتبر فيه الإطلاق والتقييد
فيتوقف على شراء الباقي ولا يقال إن الشراء لا يتوقف بل ينفسد على المشتري فكيف يمكن القول
بالتوقف لا نقول إنما لا يتوقف إذا وجد نفاذ على العاقد وأما إذا لم يجد فمتوقف كشراء العبد والنصي
المحجور عليهم ما غيرهما بغير أمره فإنه يتوقف على إجازة من اشترى له لأنه لم يجد نفاذ على المشتري فكذا هنا
شراء النصف لا ينفذ على الوكيل لعدم النفاذ عليه لأنه إنما ينفذ عليه إذا كان مخافاً من كل وجه ولا على
الأمر لأنه لم يوافق أمره من كل وجه فقلنا بالتوقف فإن اشترى باقية لزم الأمر والأمر بالمأمور ولا فرق
فيه بين التوكيل بشراء عبد بعينه أو بغيره فلو أعتقه الأمر في زمن التوقف نفذ عتقه عند أبي يوسف
رحمه الله ولا ينفذ عتق المأمور وعند محمد رحمه الله بالعكس لأنه قد خالف فيما أمر به وإنما يتوقف عليه
من حيث إن الخلاف يتوهم رفعه بأن يشترى الباقي فيرفع الخلاف فقبل أن يشترى بقي مخالفًا فإذا
أعتقه الأمر لم ينفذ أبو يوسف يقول إن العقد موقوف على إجازة الموكل ألا ترى أنه لو أجاز صريحًا نفذ
عليه والاعتناق إجازة منه فينفذ عليه ولا ينفذ اعتناق الوكيل لأن الوكالة تناولت محالاً بعينه فلم يملك
الوكيل شراء لنفسه ولم يتوقف على إجازته فلا ينفذ اعتناقه هكذا ذكره في النهاية معزياً إلى الإيضاح
قال رحمه الله (ولو رد المشتري المبيع على الوكيل بالعيب بينة أو تنكول رده على الأمر وكذا باقرار فيما لا
يحدث مثله) لأن البينة حجة مطلقة والوكيل مضطرب التنكول لعدم ممارسته المبيع فلزم الأمر وأقراره
ليس بحجة على الموكل وإنما رده عليه إذا رد عليه باقراره بعيب لا يحدث مثله لأن القاضي يعلم أن العيب
كان في بد البائع فلم يكن قضاءه مستنداً إلى الأقرار ولا إلى البينة والتنكول فخاصه أن العيب لا يتناول ما
أن لا يكون حادثاً كالسن الزائدة والاصبع الزائدة أو يكون حادثاً لكنه لا يحدث مثله في مثل تلك المدة أو
يحدث في مثلها فإن كان غير حادث رده القاضي بغير حجة من بينة أو تنكول أو أقرار وكذا إذا كان حادثاً
لكنه لا يحدث في مثل هذه المدة رده القاضي بغير بينة ولا تنكول ولا أقرار عليه بكونه عند البائع وتأويل
اشتراط البينة أو التنكول أو الأقرار في الكتاب أن الخال قد يشبه على القاضي بأن لا يعرف تاريخ البيع
فاحتاج إلى هذه الحجة ليطهر التاريخ أو كان عيباً لا يعرفه إلا الأطباء أو النساء وقولهم حجة في وجه
الخصومة لا في الرد فتمتقر إليها الرد حتى لو كان القاضي عاين البيع وكان العيب ظاهراً لا يحتاج إلى شيء
منها وإن كان عيباً يحدث مثله فكذلك الحكم إن كان بينة أو تنكول لأن البينة حجة مطلقة وكذا
التنكول حجة في حقه فبرده عليه ثم في هذه المواضع كلها رد القاضي على الوكيل بكون رد على الموكل وإن
رده عليه في هذا النوع باقرار بقضاء القاضي لا بكون رد على الموكل لأن الأقرار حجة قاصرة فلا يمتد
بخلاف ما إذا كان مما لا يحدث مثله ولكن له أن يخصم الموكل فبرده عليه بينة أو تنكوله وإن رده عليه
باقراره برضاه من غير قضاء فليس له أن يرده على الموكل لأنه قاله وهي بيع جديد في حق ثالث والموكل
ثالثهما بخلاف ما إذا رده عليه باقراره بقضاء قاض لأن الرد حصل بالقضاء فكان مكرهاً فانه عدم التراضي
وهو شرط في المعاوضة المأتممة فجعل فسخا في حق الكل ولكن الفسخ استند إلى دليل قاصر وهو الأقرار
فجعلناهم ما في حيث إن الرد فسخ كان للوكيل أن يخصم الموكل ومن حيث أنه استند إلى دليل قاصر لزم
الوكيل الآن بيمين حجة على الموكل وإن كان العيب غير حادث أو كان حادثاً لأنه لا يحدث مثله في تلك
المدة فرده على الوكيل باقراره بغير قضاء لزم الوكيل وليس له أن يخصم الموكل في عامة روايات المبسوط
وذكري في البيوع أنه يكون رد على الموكل لأنهم ما فعلوا عين ما يفعله القاضي لو رفع إليه إذ لا يكلفه القاضي
إقامة البينة ولا إلى الخلف في هذه الصورة بل يرده عليه بلا حجة فكان الحق متعيناً في الرد قلنا الرد
بالتراضي بيع جديد في حق ثالث والموكل ثالثهما ولا نسلم أن الحق متعين في الرد بل ثبت حقه أولاً

(قوله فلو أعتقه الأمر في زمن التوقف نفذ عتقه)
قال القدوري في كتابه
المسمى بالنقريب قال أبو
يوسف إذا وكل رجل رجلاً
أن يشتري له عبداً فاشترى
نصفه جاز عتق الأمر فيه
ولم يجز عتق الوكيل وقال
محمد يجوز عتق الوكيل دون
الموكل اه اتقاني (قوله
وتأويل اشتراط البينة أو
التنكول أو الأقرار) قال
الأتقاني وإنما شرط محمد في
الجامع الصغير البينة أو الأقرار
أو الأقرار لاشتباه الأمر
على القاضي بأن العيب قد يم
أم لا أو يعلم القاضي يقينا
أن مثل هذا العيب لا يحدث
في مدة شهر مثلاً ولكنه
لا يعلم تاريخ البيع متى كان
فيحتاج المشتري إلى واحدة
من هذه الحجج على أن تاريخ
البيع منذ شهر حتى يظهر
عند القاضي أن هذا العيب
كان في بد البائع فبرده المبيع
عليه اه

(قوله كان القول قول الموكل) لان الاذن يستفاد من جهته فكان القول قوله في كيفية تحقيقه أن الامر قد يقع مطلقا وقد يقع مقيدا ولم يوجد دليل على أحد الوجهين فكان القول قول الموكل لانه يدعى الخصوص والاصل في الوكالة الخصوص اه غايه (قوله وقال المضارب أطلقت كان القول للمضارب) وفي قول زفر القول قول رب المال وهو القياس لان الامر يستفاد من جهة رب المال فصار كافي الوكالة قال أبو الليث في شرح الجامع الصغير وعلمنا بالاستحسان في المضاربة لان المضاربة بناؤها على العموم وقد تصادق على المضاربة ثم رب المال ادعى زيادة شرط والمضارب منكر فالقول قوله اه غايه (قوله فأشبهت الوكالة التي ليست فيها شائبة الشراكة) يحتترز بذلك من المضاربة لانها وكالة ولكن تصير شركة في الآخرة اذا ربح اه (قوله في المتن ولو أخذ الوكيل بالثمن رهنا الخ) قال في الهداية قال ومن أمر رجلا ببيع عبده فباعه وأخذ (٢٧٤) بالثمن رهنا فوضع في يده وأخذه كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه قال

في وصف السلامة ثم اذا عجز ينتقل الى الرد ثم اذا امتنع الرد يحدث العيب أو بزيادة حدوث فيه ينتقل الى الرجوع بالنقصان فلم يكن الرد تمينا وهكذا ذكر الروايتين في شرح الجامع الصغير وغيره وبين الروايتين تفاوت كثير لان فيه نزول من الزوم الى أن لا يخصم بالكلية وكان الاقرب أن يقال لا يلزمه ولكن له أن يخصم قال رحمه الله (وان باع نسيئة فقال أمرتك بتقيد وقال المأمور أطلقت فالقول للامر) أي الوكيل بالبيع باع نسيئة فقال له الموكل أمرتك أن تبعه بتقيد وقال الوكيل أمرتني ببيعه مطلقا ولم تقل شيئا كان القول قول الموكل لان مبنى الوكالة على التقيد حتى لا تصح بدون بيان النوع بعد الجنس أو الثمن ألا ترى أنه لو قال وكنتك أن تشتري لي دابة لا يصح ولو قال وكنتك في مالي ليس له الا الحفظ فاذا كانت مبناها على التقيد وهو يستفاد من جهة الامر كان القول له كما اذا أنكر الامر أصلا قال رحمه الله (وفي المضاربة للمضارب) أي باع المضارب نسيئة فقال رب المال أمرتك أن تبعه بتقيد وقال المضارب أطلقت كان القول للمضارب لان الاصل في المضاربة الاطلاق والعموم ألا ترى أنه عليك التصرف المعتمد من شراء وبيع وابضاع وبيع وكيل واستتجار وايداع به كلفظة المضاربة فقامت الدلالة على الاطلاق فمن ادعاه فيها كان مدعيها هو الاصل فيها فكان القول له لان الظاهر يشهد له بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لسقوط الاطلاق بانفاقهما فأشبهت الوكالة التي ليست فيها شائبة الشراكة ثم مطلق الامر بالبيع يقتضيه تقيدا ونسيئة الى أجل متعارف عندهما الى أي أجل كان عنده بخلاف المضاربة حيث يتقيد بأجل متعارف بين التجار على ما يجب في موضعه ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (ولو أخذ الوكيل بالثمن رهنا فباعه كفيلا فتوى عليه لا يضمن) أي الوكيل بالبيع فعل ذلك لا يضمن لانه أصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والارتهان والكفالة وثيقة لحساب الاستيفاء فيها كهم ما ولان قبض الرهن قبض الثمن من حيث انه قائم مقامه ثم الثمن كان أمانة في يده بعد القبض فكذلك الرهن بخلاف الوكيل بقبض الدين حيث لا عليك أخذ الرهن ولا الكفيل لانه يقبض نيابة عن الامر وله هذا الاكفيل الا برأه وملك الامر منعه ولا كذلك الوكيل بالبيع ولولا أنه أصيل فيه لكان مثله وفي النهاية المراد بالكفالة هنا الحوالة لان التوى لا يتحقق في الكفالة وقيل الكفالة على حقيقة فان التوى يتحقق فيها بان مات الكفيل والمكفول عنه مفلسين وهذا كله ليس بشئ لان المراد هنا توى مضاف الى أخذه الكفيل بحيث انه لو لم يأخذ كفيلا لم يتودينه كما في الرهن والتوى الذي ذكره هنا غير مضاف الى أخذه الكفيل بدليل انه لو لم يأخذ كفيلا أيضا لتوى بموت من

الاتقاني أي قال في الجامع الصغير وصوره المسئلة فيه قال يعقوب ومحمد أمر رجل رجلا أن يبيع له عبدا فباعه ثم أخذ بالثمن رهنا فباعه في يده وأخذه كفيلا فهو جائز ولا ضمان عليه الى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير وليس في المسئلة اختلافا إلا أنه روى عن أبي يوسف ومحمد ولم يرو عن أبي حنيفة رضي الله عنه وذلك لان استيفاء الثمن من حقوق العقد وهي راجعة الى الوكيل اه وكتب أيضا مانعه قال شيخ الاسلام علاء الدين أبو الحسن علي ابن محمد الاسينجاني في شرحه المختصر الكافي للحاكم الشهيد في أول باب الكفالة في الرهن واذا دفع الرجل الى الرجل متاعا فقال بعه وارتهن لي به رهنا ففعل فهو

جائز لانه أتى بما أمر به ولو فعله بنفسه جاز فكذلك اذا فعله نائبه فان كان الراهن أقل من الثمن بما لا يتغاب الناس فيه فهو عليه جائز في قول أبي حنيفة ولم يذ كر قوله ما ويحتمل أن لا يجوز على قوله ما بناء على أن أخذ الرهن يشبه البيع لان قبض الرهن قبض ضمان ويصير مستبدا لاستيفائي العاقبة والوكيل بالبيع عندهما الاكفيل بالبيع والغبن الفاحش وعند أبي حنيفة عليك ولو باعه ولم يرهن لم يجز البيع بثن مؤ كد بالرهن فاذا باعه بثن غير مؤ كد يصير مخالفا ولو قال بعه بثن ثقة فارتنه رهنا أقل منه بما لا يتغاب الناس فيه فهو جائز لانه يحصل التوثيق به لانه مماثل للدين أو مقارب له فصيح وثيقة له لان الوثيقة ما يقضى الى الحقيقة وان كان أقل منه بما لا يتغاب الناس فيه لم يجز لان توثيق الكثير بحبس القليل مما لا يعقل لانه يتعلق به حتى الامر لان فائدة التوثيق مرجعه اليه فيكون الوكيل بالردم مطلا له فبضمن اه غايه (قوله فتوى عليه) أي على الكفيل اه غايه قال في الوافي وأخذه بثنه كفيلا فتوى المال على الكفيل اه

(قوله المراد بالتوى الخ) أخذ الشارح رحمه الله هذا من الكافي فقد قال فيه بعد قوله فتوى المال على الكفيل بان يرفع الامر الى قاض يرى براءة الاصيل بنفس الكفالة كما هو مذهب مالك فيحكم ببراءة الاصيل فتوى المال على الكفيل فلا ضمان عليه اه (قوله وكان توكيلهما بلفظ واحد) قال في الهداية فليس لاحدهما أن يتصرف فيما وكلا فيه قال الاتقاني قالوا هذا اذا وكلاهما بكلام واحد دفعة واحدة بأن قال وكلاهما بلفظ واحد وخلع امرأى أما اذا وكلاهما بكلامين كان لكل منهما أن يتصرف لان كل واحد منهما ماسط على البيع والخلع بانفراده اه وكتب أيضا ما نصه قال الاتقاني رحمه الله قال الامام الاسيحاقي في شرح الطحاوي الاصل في هذا أن الوكيلين بالمبادلة اذا فعل أحدهما بالمبادلة دون صاحبه لم يجز ولا ينفذ حتى يجيزه الوكيل الآخر أو الموكل ولا يجوز فعل أحدهما بالانفراد في البيع والشراء وقدرضى رأيهم ما ومشورتهم ما ولم يرض رأي أحدهما مساواة كان الثمن مسمى أو لم يكن مسمى والوكيل الآخر حاضر أو غائب الآن في الشراء ينفذ عليه ولا يتوقف لان الشراء اذا وجد نفذ اذا على العاقل لا يتوقف بخلاف البيع فانه يتوقف على اجازة الموكل أو الوكيل وكذا الوكيلان بالتزويج والخلع والكتابة على مال اذا فعله (٢٧٥) أحدهما لا يجوز حتى يجيزه الموكل أو الوكيل الآخر وأما

عليه الدين وجهه على الحوالة فاسد لان الدين لا يتوى فيها عوت المحال عليه منسب بل يرجع به على المحيل وانما يتوى عوتهم ما فليس فصار كالكفالة والاوجه أن يقال المراد بالتوى توى مضاف الى أحدهما الكفيل وذلك يحصل بالمراقبة الى حاكم يرى براءة الاصيل عن الدين بالكفالة ولا يرى الرجوع على الاصيل عونه مفلسا مثل أن يكون القاضي مالكيا ويحكم به ثم عوت الكفيل مفلسا قال رحمه الله (ولا يتصرف أحد الوكيلين وحده) لان الموكل رضى رأيهما لا يرى أحدهما ولو كان البدل مقدرا لان تقديره لا يمنع استعمال الرأى في الزيادة والنقصان وفي اختيار البنائع والمشتري ونحو ذلك وهذا في تصرف يحتاج فيه الى الرأى وأمكن اجتماعهما فيه وكان توكيلهما بلفظ واحد وأما ما لا يحتاج فيه الى الرأى كالطلاق والعتاق بغير عوض أو لا يمكن الاجتماع فيه كالتصوم جاز لاحدهما أن يتصرف فيه دون صاحبه وكذا اذا كان توكيلهما على التعاقب جاز لاحدهما أن يتصرف بالتصرف لانه رضى رأي كل واحد منهما على الانفراد وقت توكيله فلا يتغير ذلك بخلاف الوصيين اذا أوصى الى كل واحد منهما بكلام على حدة حيث لا يجوز لاحدهما أن يتصرف بالتصرف في الاصح لان وجوب الوصية بالموت وعند الموت صار وصيين جلهما واحدة ولو كالة حكمهما يثبت بنفس التوكيل فاذا أفرد كل واحد منهما بالعقد استبد كل واحد منهما بالتصرف واذا وكلاهما بكلام واحد لا ينفرد به أحدهما وان كان أحدهما حرا بالغافلا والآخر عبدا أو صبيًا محجورا عليه لمذاكرنا ولو باع أحدهما محضرة صاحبه فان أجاز له صاحبه جاز والا فلا ولو كان غائبا فأجاز له بجز في قول أبي حنيفة رحمه الله وان مات أحدهما أو ذهب عقله لم يجز للآخر أن يتصرف وحده لعدم رضاه برأيه وحده قال رحمه الله (الا في خصومة وطلاق وعتاق بلا بدل وودعية وقضاء دين) لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الرأى والخصومة وان كان يحتاج فيها الى الرأى لكن اجتماعهما في التسكام في مجلس القاضي متعذرا لانه يؤدى الى التلبس على القاضي والى الشغب والرأى يحتاج اليه سابقا على الخصومة ولا يشترط حضور صاحبه وقت الخصومة عند دعائهم لانه لا يتعلق

الوكيلان بالعتق على غير مال والوكيلان بالطلاق على غير مال فلا أحدهما أن يعتق ويطلق وكذا الوكيلان بالخصومة لاحدهما أن يخصم إلا أنه اذا انتهى الى قبض المال لا يجوز قبض أحدهما حتى يجتبه لان الخصومة مما لا يتأتى فيها الاثنان بالاجتماع والقبض مما يتأتى فيه الاجتماع وكذا الوكيلان بتسليم ما وهب الى الموهوب له فسلم أحدهما صححت الهبة وكذا الوكيلان بقضاء الدين وسلم المال اليهما فقضاهما جاز وأما الوصيان فليس لاحدهما التصرف الا باذن صاحبه عند أبي حنيفة ومحمد

كلا وكيلين بالبيع إلا في أشياء معروفة فذكرها في الوصايا وعند أبي يوسف لكل واحد منهما ولاية التصرف على حدة ولو دفع ماله الى اثنين مضاربة فليس لاحدهما التصرف الا باذن صاحبه بالاتفاق كذا في شرح الطحاوي اه (قوله في الماتن الا في خصومة وطلاق الخ) قال قاضيان في شرح الجامع الصغير لا ينفرد أحد الوكيلين الا في أربعة أشياء الأول اذا وكلاهما بالطلاق والثاني اذا وكلاهما بالعتاق والثالث اذا وكلاه ما برتدو دعية أو عارية أو غصب أو دين عليه لرجل والرابع اذا وكلاه ما بالخصومة لان في الثلاثة لا يحتاج الى الرأى وأما في الخصومة فقد ذكرنا فيها المعنى اه اتقاني رحمه الله (قوله ولا يشترط حضور صاحبه وقت الخصومة) ولكنهما لا يقبضان الامعا وقال زفر لا يصح الانفراد في الخصومة أيضا لانه يحتاج فيها الى الرأى ورأى الاثنان لا يكون رأي الواحد رضاه برأيه ما لا يكون رضاه برأى أحدهما كافي البيع والشراء ولنا أن المعهودين الناس هو الانفراد بالتسكام صيانة لمجلس القضاء عن الشغب ونحوه بالصواب اذا الانسان يتلى بالغلط عند كثرة اللغط وفي الاجتماع اخلال بالاستماع وما وكلاه ما بالخصومة مع علمه بتعذر اجتماعهما صار راضيا بخصومة أحدهما ولكن على وجه لا يفوت فائدة توكيلهما وانما ينفرد أحدهما بالتسكام اه كافي

(قوله وطلاق الزوجة والعتيق الخ) قال الاتقاني وذكر في الجامع لو قال رجلين طلقا امرأتى ان شئتما أو أردتما فطلقتهما أحدهما لم يقع لانه علق الطلاق بشيئهما فلا ينزل عند شيئة أحدهما وكذلك لو قال امرأتى بأيديكما فطلقا أحدهما لا يقع لانه جعل الرأى اليهما الا الى أحدهما اه (قوله وعلى هذا لو قال طلقاها جميعا ليس لاحدهما أن يطلقها وحده) حتى لو انفرد أحدهما بلا رأى الآخر لا يجوز انفاقا اه ابن فرشتا (قوله لانه رضى برأيه) والناس متفانون في الرأى اه غايه (قوله ويلكهما فيما نحن فيه) أى يملك الموكل التوكيل فيما وكل فيه ويملك نهى الوكيل عنه اه (قوله فاذا فوض اليه وكل كان الثاني وكيلا) قال قاضيان في فصل التوكيل بالخصومة رجل وكل رجلا بالخصومة وقال له ما صنعت من شئ فهو جائز فوكل الوكيل غيره بذلك جائز وكيله ويكون الوكيل الثاني وكيلا الموكل الاول لا وكيلا الوكيل حتى لو مات الوكيل الاول أو عزل أو جن أو ارتد ولو لحق بدار الحرب لا ينزل الوكيل الثاني ولو مات الموكل الاول أو جن أو ارتد ولو لحق بدار الحرب لا ينزل الوكيل الثاني جازع لانه الموكل رضى بصنع الاول وعزل الاول الثاني من صنيع الاول اه (قوله في المتن ١٧٦) فان وكل بلا اذن الموكل فعقد بحضرته أو باع أجنبى فأجاز صم) قال الاتقاني قال محمد في

الجامع الصغير عن يعقوب عن أبي حنيفة رضى الله عنه في رجل وكل رجلا يبيع عبدا فأمر الوكيل رجلا يبيعه قال ان باعه والوكيل الاول حاضر جاز ذلك وان باعه وهو غائب عنه لم يجز وقال محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل وكل رجلا يبيع عبدا فباعه رجلا يبيع غير الوكيل قبيل الوكيل فسلم البيع قال جائز الى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير وقال في شرح الطحاوى وليس للوكيل أن يوكل غيره بما وكل به الا أن يطلق له الذى وكله أو يجيز أمره فيما وكل به فيكون له ذلك لان بناء الوكالة على الخصوص فليس له أن يفوض الى غيره الا بأن يأذن له الموكل بذلك أو يقول له وقت التوكيل ما صنعت من شئ فهو جائز فيشذ بجوز ولو وكل رجلا يبيع عبدا ولم يجز له ما صنع ولا أذن له حضوره في ذلك فوكل الوكيل غيره يبيع ذلك فباعه الوكيل الثاني فانه ينظر ان باعه بحضرة الوكيل الاول جاز البيع وصار كأن الوكيل الاول هو الذى باعه ولو باعه بغير حضرة الوكيل الاول لم يجز يبيعه حتى يجيزه الوكيل الاول أو الموكل وقال زفر لا يجوز بيع الوكيل الثاني سواء كان بحضرة الوكيل الاول أو بغير حضرته وقال ابن أبى ليلى يجوز بيع الوكيل الثاني بحضرة الاول وبغير حضرته وأما الوكيل بالشراء اذا وكل غيره فاشترى الثاني فهو على الخلاف الى هنا لفظ شرح الطحاوى (قوله وكذا الوعد الوكيل الثاني الى قوله جاز من غير اجازة الخ) مقتضاها أن قوله في المتن فأجاز صم راجع الى مسئلتى الوكيل الثاني والاجنبى والا لو كان قوله جاز راجعا لمسئلة الاجنبى فقط لم يكن لقول الشارح وكذا الوعد الوكيل الخ فائدة لانه حينئذ يكون مستفاد من المتن قال الاتقاني رحمه الله ونقل في الفتاوى الصغيرى عن وكالة شيخ الاسلام خواهر زاده أن الوكيل بالبيع أو الاجارة اذا وكل غيره فباع الاجنبى أو أجزوا الاول حاضر أو غائب فأجاز الوكيل الاول ذلك جاز فقد شرط الاجازة من الوكيل الاول للجواز وان حصل البيع أو الاجارة من الثاني بحضرة الاول وذكر بعده هذا أنه اذا باع الثاني بحضرة

بسماعه بالخصومة وهو ساكت فائدة وطلاق الزوجة والعتيق لا يبدل لا يحتاج فيه الى الرأى الا اذا قال طلقاها ان شئتما أو جعل أمرها بأيديهم ما حينئذ يكون تفويضا فاقصرت على المجلس لكونه تعليميا أو يكون تعليفا فبشئ شرط فعله ما لو وقع الطلاق لان المعلق بشيئين لا ينزل عنده وجود أحدهما وعلى هذا لو قال طلقاها جميعا ليس لاحدهما أن يطلعهما وحده ولا يقع عليهما طلاق أحدهما ولو قال طلقاها جميعا ثلاثا فطلقها أحدهما طلاقا والاخر طلاقين لا يقع وردا للوديعة لا يحتاج فيه الى الرأى فردا أحدهما كرده ما بخلاف ما اذا وكلها ما باستردادها حيث لا يكون لاحدهما أن يقبض بدون صاحبه لان اجتماعهما فيه ممكن وللوكيل فيه غرض صحيح لان حفظ اثنين خير من حفظ واحد فان قبضه أحدهما ضمن كله لانه قبض بغير اذن المالك اذا أمره تناولهما مجتمعين لا متفرقين فلم يكن مأمورا في حالة الانفرد بقبض شئ منه وقضاء الدين مثل رد الوديعة واقتضاؤه مثل استرداد الوديعة قال رحمه الله (ولا يوكل الا باذن أو باعمل برأيك) أى لا يوكل الوكيل فيما وكل فيه الا أن يأذن له الموكل أو يقول له اعمل برأيك لانه رضى برأيه ولم يرض برأى غيره ولان المفوض اليه التصرف دون التوكيل به فلا يملكه بدون التفويض اليه بخلاف التوكيل في الحقوق حيث يملكه بغير اذن الموكل لانه أصيل فيه ولهذا لا يملكه الموكل ولا يملكه عنه ويملكهما فيما نحن فيه فلا يملك التوكيل بدون رضاه فاذا فوض اليه وكل كان الثاني وكيلا عن الموكل حتى لا يكون للاول أن يعزله ولا ينزل بعونه وينعزلان بعون الموكل وهو نظير استخلاف القاضي حيث لا يملكه الا باذن الخليفة ثم لا ينزل بعزل القاضي الاول ولا بعونه وينعزلان بعزل الخليفة لهما لكن لا ينعزلان بعونه والفرق أن الخليفة عامل للسلطان فلا ينزل به القاضي الذى ولاه وهو أو ولاء القاضي باذنه والموكل عامل لنفسه فينزل وكيله بعونه لبطان حقه قال رحمه الله (فان وكل بلا اذن الموكل فعقد بحضرته أو باع أجنبى فأجاز صم) أى ان وكل الوكيل بغير اذن الموكل فعقد الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الاول أو وعد أجنبى فأجاز الوكيل الاول جاز فيهما لان مقصود الموكل حضور رأيه وقد حصل به وكذا الوعد الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الاول جاز من غير اجازة منه لان المقصود وهو

أو يقول له وقت التوكيل ما صنعت من شئ فهو جائز فيشذ بجوز ولو وكل رجلا يبيع عبدا ولم يجز له ما صنع ولا أذن له حضوره في ذلك فوكل الوكيل غيره يبيع ذلك فباعه الوكيل الثاني فانه ينظر ان باعه بحضرة الوكيل الاول جاز البيع وصار كأن الوكيل الاول هو الذى باعه ولو باعه بغير حضرة الوكيل الاول لم يجز يبيعه حتى يجيزه الوكيل الاول أو الموكل وقال زفر لا يجوز بيع الوكيل الثاني سواء كان بحضرة الوكيل الاول أو بغير حضرته وقال ابن أبى ليلى يجوز بيع الوكيل الثاني بحضرة الاول وبغير حضرته وأما الوكيل بالشراء اذا وكل غيره فاشترى الثاني فهو على الخلاف الى هنا لفظ شرح الطحاوى (قوله وكذا الوعد الوكيل الثاني الى قوله جاز من غير اجازة الخ) مقتضاها أن قوله في المتن فأجاز صم راجع الى مسئلتى الوكيل الثاني والاجنبى والا لو كان قوله جاز راجعا لمسئلة الاجنبى فقط لم يكن لقول الشارح وكذا الوعد الوكيل الخ فائدة لانه حينئذ يكون مستفاد من المتن قال الاتقاني رحمه الله ونقل في الفتاوى الصغيرى عن وكالة شيخ الاسلام خواهر زاده أن الوكيل بالبيع أو الاجارة اذا وكل غيره فباع الاجنبى أو أجزوا الاول حاضر أو غائب فأجاز الوكيل الاول ذلك جاز فقد شرط الاجازة من الوكيل الاول للجواز وان حصل البيع أو الاجارة من الثاني بحضرة الاول وذكر بعده هذا أنه اذا باع الثاني بحضرة

الاول يجوز ولم يشترط الاجازة وهو المذكور في الجامع الصغير ذكره اثنين الروايتين في باب الوكالة بالقيام على الدار من المبسوط للشيخ الاسلام خواهرزاده ثم قال شيخ الاسلام خواهرزاده حكى عن الكرخي أنه كان يقول ليس في المسئلة اختلاف الروايتين لكن ماذا كر مطلقة في بعض المواضع محمول على ما اذا أجاز الوكيل الاول ذلك والى هذا ذهب عامة مشايخنا ووجه ذلك أن الوكيل المأمور بالبيع التحق بعدم فيكون الثاني فضوليا وعقد الفضي لا يتم بمجرد حضرة المجهز ما لم يجز ومنهم من جعل في المسئلة روايتين في رواية يشترط فيه الاجازة كما ذكرنا في رواية يكتفي بحضور الاول كما ذكر في الجامع الصغير قال شيخ الاسلام (٣٧٧) خواهرزاده وعلى هذا أحد وكلي

البيع أو الاجازة إذا أمر صاحبه فباع بمحضرة أو أجاز في رواية ولا يجوز في رواية ما لم يجز الآخر الثاني أو المالك كذا في التمهة والفتاوى الصغرى اهـ مقاله الاتقاني رحمه الله (قوله ولو قدر الاول الثمن للثاني جاز عقده في غيبته) أي في رواية كتاب الرهن اهـ وفي رواية كتاب الوكالة لا يجوز لأن تقدير الثمن يمنع نقصان ولا يمنع الزيادة وربما زيد الاول على هذا الثمن لو كان هو المبشر بالبيع اهـ كافي (قوله واختلقوا في العهدة فيما إذا عقد الوكيل الخ) قال في فتاوى قاض خان الوكيل بالبيع إذا لم يقبل له الموكل ما صنعت من شيء فهو جائز لا يملك التوكيل فان وكل غيره فباع الوكيل الثاني بمحضرة الاول جاز وحقوق العقد ترجع الى الوكيل الاول عند البعض وذكر في الاصل أن الحقوق ترجع الى الوكيل الثاني وهو الصحيح اهـ (قوله وينبغي أن يكون على هذا

حضور رأيه قد حصل بنفس العقد باذنه ولو قدر الاول الثمن للثاني جاز عقده في غيبته لمحصل المقصود باستعمال رأيه في تقدير الثمن بخلاف ما إذا وكل وكيلين وقدر لهما المبدل حيث لا يجوز لأحدهما أن يتصرف بدون صاحبه لأن تقديره لا يمنع استعمال الرأي في نقصائه في الشراء وفي الزيادة في البيع وفي اختيار من يعماله بل هو مقصود ظاهر لأن تفويضه اليهما مع تقدير المبدل دليل عليه بخلاف ما إذا كان المأمور واحد إلا أن غرضه استعمال رأيه في معظم الأمور وهو تقدير المبدل وقد حصل وهذا لأن المقصود في الوكالات الاسترباح عادة وهو زيادة المبدل وقد حصل بتقدير المبدل وما عدا ذلك كالمصلحة فلا يكون مقصودا بالتوكيل واختلقوا في العهدة فيما إذا عقد الوكيل الثاني بمحضرة الوكيل الاول فذكر البقال في فتاويه أن الحقوق تتعلق بالاول وكذا ذكر المحبوبي أيضا لأن الموكل رضى بلزوم العهدة الاول دون الثاني وذكر في حبل الاصل والعميون أن الحقوق ترجع الى الثاني وهو الصحيح لأنه هو العاقد والعقد هو السبب للزوم وقد صدر من المباشر دون غيره وينبغي أن يكون على هذا الخلاف فيما إذا عقد الاول غائب فأجاره أو عقده أجنبي فأجاز الاول ولا معنى لأشراط حضرته والوكيل بالطلاق أو العتاق إذا وكل غيره فطلق الثاني بمحضرة الوكيل الاول لا ينفذ لأن الأمر علقه بلفظ الاول دون الثاني وهو يتعلق بالشروط بخلاف البيع ونحوه قال رحمه الله (وان زوج عبدا أو مكاتب أو كافر صغيره الحرة المسئلة أو باع لها أو اشترى لم يجز) لأنه لا ولاية لهؤلاء ألا ترى أن العبد لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم قال الله تعالى وان يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم ولا شهادة للعبد أصلا والمكاتب عبد ما بقي عليه درهم ولان هذه الولاية نظرية فلا بد من تفويضها الى القادر ليحقق معنى النظر والرق بزيل القدرة والكفرية قطع الشقة على المسلم فلا مصلحة في التفويض اليهما ولا فرق في ذلك بين أن يكون الكافر ذميا أو حريا وأما المرتد فان ولايته على أولاده وأموالهم موقوفة بالاجماع لانها تنبئ على النظر والنظر يحصل باتفاق الملة لان اتحادها داخ الى النظر وهو متردد في الحال فوجب التوقف فيه فإذا أسلم جعل كأنه لم يزل مسلما فينفذ نصرة وان أمان أو قتل على رذته تقررت جهة انقطاع الولاية فيبطل نصرة بخلاف تزوجه بنفسه حيث لم يجز وان أسلم بعد ذلك لان جواز انكاح يعتمد الملة ولا ملة للمرتد فلا يتوقف انكاحه في الحال لان شرط التوقف أن يكون له محيز في الحال فصارت نظرا عتاق الصبي وطلاقه موهبة حيث لا تتوقف على البلوغ انكاحها في الحال وانكاح أولاده الصغار له محيز في الحال وهو الولي أو القاضى فيتوقف فإذا أسلم نفذت قصص انكاحه والابطال وبخلاف تصرفاته في ماله عندهما لانها تنبئ على الملك وملكه قائم ثابت في أمواله مادام حيا فينفذ بلا توقف والله تعالى أعلم

باب الوكالة بالخصومة والقبض

الخلاف فيما إذا عقد الخ قال الاتقاني ولو باع الوكيل الثاني حال غيبة الاول فبلغه فأجاز أو باعه أجنبي فبلغه فأجاز جاز لأنه حصل رأيه اهـ

باب الوكالة بالخصومة والقبض

لما كانت الخصومة مهجورة شرعا لقوله تعالى ولا تنازعوا فتفشلوا حتى تركت حقيقة ثم الى مطلق الجواب مجازا اطلاق الاسم السبب على المسبب أخذ كالأمر بالخصومة عمال ليس بهجور بل هو مطلق مجرى على حقيقة اهـ اتقاني رحمه الله في الفتاوى الصغرى لو قال الرجل لا خير وكنك بالخصومة في كل حق قبل أهل بلدة كذا فهو وكيل بالخصومة في كل حق له قبل أهل تلك البلدة يوم التوكيل وما يحدث استسنا ولو قال وكنك بالخصومة قبل فلان يكون وكيل بالخصومة في كل حق يكون موجودا يوم التوكيل اهـ خلاصة الفتاوى

(قوله في المتن الوكيل بالخصومة الخ) قال في الهداية والوكيل بالخصومة وكيل بالقبض قال الاتقاني هذا اللفظ القدوري في مختصره قال قاضيخان في شرح الجامع الصغير هذا ظاهر الرواية وقال في اشارات الاسرار الوكيل بالخصومة عكس قبض الدين عندنا خلافا لفرق وقال شمس الآفة البيهقي في كفايته الوكيل بتقاضى الدين له القبض اتفاقا اه قال الاتقاني قال في الوقعات في باب الوكالة بعلامة النون الوكيل بالتقاضى أو بالخصومة ليس له أن يقبض الدين في زماننا لان الحيانة ظهرت فيما بين الناس وهو اختيار مشايخ بلخ خصوصاً في الوكالة على باب القاضى اه (قوله والعرف أملك) لان وضع الالفاظ الحاجة للناس وهم لا يفهمون المعنى الموضوع بل يفهمون المجاز فصار المجاز بمنزلة الحقيقة العرفية اه (قوله ولزفر أن الخصومة الخ) قال الاتقاني وجه قول زفر أنه رضى به دأته في الخصومة لا بامانته في القبض اذ يؤمن على الخصومة من لا يؤمن على القبض فلا يملك القبض اه (قوله في المتن وبقبض الدين عكس الخصومة) قال في خلاصة الفتاوى في الاصل الوكيل يقبض الدين ليس له (٣٧٨) أن يوكل غيره ولو وكل رجلاً بقبض كل دين له ثم حدث له دين فله قبضه استحساناً ولو

وكاه يقبض غله الدار يتناول الحادث وفي سرقة الجامع الوكيل بقبض الدين اذا وكل من في عياله مع حتى لو وكل فقبض فله في يده لا يضمن اه (قوله حتى لو أقيمت عليه البينة الخ) قال الاتقاني قال القدوري في كتابه المسمى بالتقريب قال أبو حنيفة الوكيل بقبض الدين وكيل بالخصومة فان أقام المطالب البينة أنه قضى الموكل قبلت بيئته عليه وقال لا تقبل بينته على القضاء إلا أن الخصومة تسقط اه قال الاتقاني وانما قيد بالوكيل بقبض الدين لان الوكيل بقبض العين لا يكون خصماً أجمعاً ونقل في الفتاوى الصغرى عن شيخ الاسلام خواهر زاده أن الوكيل بقبض الدين لا يملك الخصومة أجمعاً ان

قال رحمه الله (الوكيل بالخصومة والتقاضى لا يملك القبض) وهذا قول زفر رحمه الله وقال علماؤنا الثلاثة رحمه الله يملك القبض عينا كان أو ديناً لان الوكيل بالشيء وكيل باتمامه واتمامه ما يكون بالقبض وما لم يقبض فالخصومة قائمة لانه يتوهم انكاره بعد ذلك والمطل ورعا يحتاج الى المرافعة ثانياً فيكون له القبض قطعاً لما دلتها ولان المقصود من الخصومة الاستيفاء اذهى غير مقصود لدلتها والوكيل بالشيء يملك ما هو المقصود منه ومعنى التقاضى الطلب في العرف فصار بمعنى الخصومة وهو في أصل اللغة القبض لانه تفاعل من قضى يقال قضى دينه واقتضيت منه ديني أى أخذت والعرف أملك فكان أولى اذ الحقيقة مهجورة فصار بمعنى الخصومة مجازاً فيكون التوكيل بهم أو وكيلاً باتمامها اذا المطالبة لا تنهى الا بالقبض ولزفر رحمه الله ان الخصومة غير القبض حقيقة وهى لاظهار الحق ويختار في التوكيل به امن هو ألد الناس خصومة وأكثروهم كذباً وخيانة وأقلهم ديناً وحياءاً ويختار في القبض من هو أوفى الناس أمانة وأكثروهم ورعاً فمن يصلح للخصومة عادة لم يرض بقبضه فالنوكيل بخصومته لا يدلنا على الرضا بقبضه بل يدل على عكسه فلا يكون له القبض وكذا المطالبة غير القبض فالوكيل بها يملك القبض لما ذكرنا والفتوى اليوم على قول زفر رحمه الله وهذا الاختاره الشيخ رحمه الله لتغير أحوال الناس وكثرة الخيانات في الوكلاء ولا فرق في ذلك بين الدين والعين لان المعنى لا يختلف فيهما قال رحمه الله (وبقبض الدين يملك الخصومة) أى الوكيل بقبض الدين يملك الخصومة حتى لو أقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل أو بإيرائه تقبل وكذا اذا جحد الغريم فأقام الوكيل البينة عليه تقبل وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يكون خصماً وهو رواية الحسن عنه لان القبض غير الخصومة فلم يكن الرضا به رضاهم الا ليس كل من يؤمن على المال يمتدئ إليها قال رحمه الله (وبقبض العين لا فلو برهن ذواليد على الوكيل بالقبض أن الموكل باعه وقف الامر حتى يحضر الغائب وكذا الطلاق والعناق) أى الوكيل بقبض العين لا يملك الخصومة حتى لو أقام ذواليد البينة على الوكيل بقبض العين أن الموكل باعه العين لم تقبل بينته الا في حق قصر يد الوكيل عن العين فيستوقف حتى يحضر الغائب وكذا لو أقامت المرأة البينة على الوكيل بنقلها أن الزوج طلقها ثلاثاً أو أقام العبد البينة على الوكيل بنقله ان المولى قد أعتقه لا تقبل

وكاه يقبض غله الدار يتناول الحادث وفي سرقة الجامع الوكيل بقبض الدين اذا وكل من في عياله مع حتى لو وكل فقبض فله في يده لا يضمن اه (قوله حتى لو أقيمت عليه البينة الخ) قال الاتقاني قال القدوري في كتابه المسمى بالتقريب قال أبو حنيفة الوكيل بقبض الدين وكيل بالخصومة فان أقام المطالب البينة أنه قضى الموكل قبلت بيئته عليه وقال لا تقبل بينته على القضاء إلا أن الخصومة تسقط اه قال الاتقاني وانما قيد بالوكيل بقبض الدين لان الوكيل بقبض العين لا يكون خصماً أجمعاً ونقل في الفتاوى الصغرى عن شيخ الاسلام خواهر زاده أن الوكيل بقبض الدين لا يملك الخصومة أجمعاً ان

كان التوكيل من القاضى كالموكل وكذا بقبض دين الغائب وقال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل له في يدي رجل عبد فوكل رجلاً بقبضه من الذى العبد في يده ثم غاب الموكل فأقام الذى في يده العبد البينة أن الغائب قد باعه أيام فقال أقفه حتى يحضر الغائب وكذلك الطلاق والعناق وكل شيء الا الدين فانه اذا كان لرجل على رجل دين فوكل رجلاً بقبضه فأقام الذى عليه الدين البينة انه قد أوفاه قبلت بينته وقال أبو يوسف ومحمد هذا الاول سواء الى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير اه (قوله وكذا لو أقامت المرأة البينة على الوكيل بنقلها الخ) قال الاتقاني بخلاف الوكيل بنقل المرأة والعبد والامة اذا أقامت المرأة البينة على الطلاقات الثلاث أو أقام العبد أو الامة البينة على الاعناق حيث لا يكون الوكيل خصماً ولا تسمع البينة على الطلاق والعناق الا لقصر اليد استحساناً وبوقف الامر الى أن يحضر الغائب والقياس أن لا يوقف الامر بل كان ينبغي أن يدفع الى الوكيل لان البينة بطلت لقيامها على غير خصم وجه الاستحسان في قبول البينة في قصر اليد خاصة أن الوكيل في نفس القبض قائم مقام الموكل فجعل خصماً في ابطال حق القبض احتياطاً فاذا حضر الغائب تعاد عليه البينة قال نضر الاسلام ذكر الاستحسان والقياس في كتاب الوكالة وأورد القدوري سؤالاً

وجوابي كتاب التقريب فقال فان قيل لو كان الوكيل بالقبض وكيلًا بالتملك لم يجوز وكيل المسلم في قبض الخمر كالأيوكل في تملكها فالجواب أن هذا تعلق من طريق الحكم والمسلم يصح أن يملك الخمر حكما والتملك يجوز عقده عليها اهـ (قوله لأن الدينون تقضى بأعمالها لا بأعيانها) قال الاتفاقى لأن الدين لا يمكن قبضه لأنه وصف ثابت في الذمة لكن لما أخذ المقبوض كان على القاض مثل ما على المطلوب فالتقضى بالدينان فصا (قوله وهذا لأن المقبوض الخ) إشارة إلى مطلع نكتة أبي حنيفة رضى الله عنه يعنى كأنه وكاله بتملك مثل الدين وذلك بمبادلة والمأمور بالمعاوضة يكون أصليا في حقوق المعاوضة اهـ قارئ الهداية (قوله الآن الشرع جعل ذلك طريقا للاستيفاء) يعنى أن الدينون وإن كانت تقضى بأعمالها لا بأعيانها المبادنة آنفا لأن المقبوض جعل له حكم عين الدين بدليل أن رب الدين يجبر على القبض فلو كان تملكيا لمحض ليس فيه معنى استيفاء عين الحق لم يجبر على القبض وكذا إذا تقرر بحسب حقه حل له تناول اهـ غاية (قوله كالأيوكل بالشراء والقسمة) يعنى أن أحد الشريكين إذا وكل رجلا بأن يقاسم شريكه فأراد الوكيل المقاسمة فأقام الشريك الآخر البيعة أن الموكل أخذ نصيبه تقبل بيئته لأن الوكيل خصم لأن في القسمة معنى التملك اهـ غاية (قوله والرد بالعيب) يعنى (٢٧٩) أن المشتري إذا وكل وكيلًا رد المشتري

بسبب العيب فأقام البائع البيعة أن المشتري رضى بذلك تقبل بيئته اهـ غاية (قوله والرجوع في الهبة) يعنى إذا وكل وكيلًا بالرجوع في الهبة كان خصما حتى إذا أراد الرجوع فأقام الموهوب له البيعة أن الواهب أخذ العوض تقبل بيئته اهـ غاية (قوله والوكيل بأخذ الشفعة) إذا قامت عليه البيعة أن الموكل سلم الشفعة صحته وقضى بذلك اهـ غاية (قوله ومثلنا أشبه بأخذ الشفعة) أى من الوكيل بالشراء اهـ غاية (قوله حتى لا يجب التوقف فيه) بل كان ينبغي أن يدفع إلى الوكيل اهـ غاية (قوله لأن البيعة قامت) أى بيعة صاحب اليد اهـ (قوله في

في حق وقوع الطلاق والعتاق وتقبل في حق قصر يد الوكيل عنه) ما حتى يوقف الأمر إلى أن يحضر الغائب وهذا بالإجماع استحسانا والأصل في جنس هذه المسائل أن التوكيل إذا وقع باستيفاء عين حقه لم يكن وكيلًا بالخصوصية لأن التوكيل وقع بالقبض لا غير ويمكن حصوله بالخصوصية بأن لا يجحد ذوا اليد ملكه فلا حاجة إلى جعله وكيلًا في غير ما وكل به لأن الأمر بالشئ إنما يدخل غيره فيه إذا كان لا يتوصل إليه إلا بالضرورة وإن وقع التوكيل بالتملك كان وكيلًا بالخصوصية لأن التملك انشاء تصرف وحقوق العقد تتعلق بالعاقبة لأنه لا يمكنه التحصيل إلا به والخصوصية من جملتها فكان وكيلًا بها فإذا ثبت هذا قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله الوكيل بقبض الدين وكيل باستيفاء عين حقه حكما ولهذا لو قبض أحد الشريكين شيئا من الدين كان لالاخر أن يشاركه فيه ومعنى التملك ساقط حكما حتى كان له أن يأخذه بلا قضاء ولا رضا كما في الوديعة والغصب فلا يتصحب خصما كما في الوكيل بقبض العين وقال أبو حنيفة رحمه الله الوكيل بقبض الدين وكيل بالتملك لأن الدينون تقضى بأعمالها لا بأعيانها وهذا لأن المقبوض ليس بملك للموكل بل هو بدل حقه الآن الشرع جعل ذلك طريقا للاستيفاء فالتصحب خصما كالوكل بالشراء والقسمة والرد بالعيب والرجوع في الهبة والوكيل بأخذ الشفعة ومثلنا أشبه بأخذ الشفعة فإنه خصم قبل القبض عنده كما أن الوكيل يطلب الشفعة خصم قبل الأخذ فأما الوكيل بالشراء فأنما يصير خصما بعد مباشرة الشراء وأما الوكيل بقبض العين فليس بوكيل بالمبادلة فصار رسولا وأما محضا فلم يتعلق الحقوق بالقابض ولا بالتصحب خصما ولا تقبل البيعة عليه قياسا حتى لا يجب التوقف فيها لأنها قامت على غير خصم وفي الاستحسان يتوقف حتى يحضر الموكل فإذا حضر أمر الخصم بإعادة البيعة على ما دعى لأن البيعة قامت على نفس الحق وعلى قصر اليد والوكيل خصم في حق اليد فحسب فيقبل في حقه فتم قصر يده عنه كما إذا أقام الخصم البيعة أن الموكل عزله عن الوكالة فانتهى في حق قصر اليد قال رحمه الله (ولو أقر الوكيل بالخصوصية عند القاضى صح والالا) أى إذا أقر عند غير القاضى لا يصح وعنده يصح وهو استحسان ولكنه يخرج به عن الوكالة وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف

المتن ولو أقر الوكيل بالخصوصية عند القاضى صح والالا) وصورة المسئلة ما إذا كان الوكيل وكيل المدعى فأقر بطلان الحق أو كان وكيل المدعى عليه فأقر بلزوم الحق عليه اهـ (قوله ولكنه يخرج به عن الوكالة) استدراك لمن قوله إذا أقر عند غير القاضى لا يصح قال في الهداية وإذا أقر الوكيل بالخصوصية على موكله عند القاضى جاز أقراره عليه وإن أقر في غير مجلس القضاء لم يجوز عند أبي حنيفة ومحمد استحسانا ألا أنه يخرج من الوكالة وقال أبو يوسف يجوز أقراره وإن أقر في غير مجلس القضاء قال الاتفاقى وهذه من مسائل القدوري ولفظ الجامع الصغير محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل له على رجل مال فوكل رجلا بالخصوصية فيه والمدعى عليه يجحد فأقر الوكيل عند القاضى أن الذى وكله قد استوفاه قال يقضى على الذى له المال بأقرار الوكيل وإن أقر عند غير قاض فشهد عليه بذلك شاهدان لم يقض على الذى له المال بذلك الآن الوكيل لا يقضى له بدفع المال إذا شهدت الشهود بأقراره وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف أقراره يلزم الموكل عند القاضى وعند غير القاضى وهو لازم إلى هذا لفظ أصل الجامع الصغير وقال في الأصل وإذا وكل الرجل بالخصوصية في شئ فهو جائز وهو خصم بمنزلة الذى وكله غير أنه لا يجوز أقرار الوكيل على الذى وكله إلا عند القاضى فأما عند غير القاضى فلا يجوز هذا في قول أبي حنيفة ومحمد

وقال أبو يوسف يجوز إقراره عند القاضي وعند غيره وتقبل البيئة عليه بذلك إلى هنا لفظ الأصل وقال القدوري في كتاب التقریب قال أبو حنيفة ومحمد يجوز إقرار الوكيل على موكله بمحضرة الحاكم ولا يجوز بغير حضرته قوله وإذا أقر الوكيل بالخصومة الخ قال الكاكي أطلق الإقرار والموكل ليتناول اسم الموكل والمدعى عليه لأن جواب الإقرار على الموكل لا يتفاوت بين أن يكون موكله مدعيا أو مدعى عليه سوى أن معنى الإقرار يختلف بحسب اختلاف الموكل فأقر الوكيل المدعى هو أن يقر بقبض الموكل وإقرار الوكيل المدعى عليه هو أن يقر بوجوب المال على موكله اهـ (قوله وقال زفر والشافعي لا يصح إقراره عند القاضي أيضا) قال الاتقاني وجه قول زفر أنه موكل بالخصومة والمنازعة (٣٨٠) والإقرار مسالمة ومساعدة فكان بين الإقرار والخصومة تضاد فلا يدخل تحت

ما يضاده فلا يجوز إقرار الوكيل على موكله كما لا يجوز صلحه وإبرأه مع أن الصلح أقرب إلى الخصومة من الإقرار وكما لو وكاله بالخصومة واستثنى الإقرار بأن قال وكنت بالخصومة بشرط أن لا تقصر على قافر الوكيل لم يصح إقراره لأن لفظ التوكيل بالخصومة لم يتناول الإقرار فلو تناوله بطل الاستثناء وصح الإقرار لأن الخصومة شيء واحد والاستثناء من شيء واحد لا يجوز اهـ (قوله وهو قول أبي يوسف) وبه قال مالك وأحمد وابن أبي ليلى اهـ (قوله ولهذا لا يملك أي الوكيل بالخصومة اهـ (قوله ويصح إذا استثنى الخ) قال العلامة قارئ الهداية رحمه الله ومن خطه نقلت الظاهر أنه دليل على أن التوكيل بالخصومة لا يتناول الإقرار والإلم يصح استثناءه كالم يصح استثناء الإنكار اهـ (قوله وكذا لو وكاله بالخصوبة

رحمه الله يصح إقراره عند غير القاضي أيضا وقال زفر والشافعي رحمه الله لا يصح إقراره عند القاضي أيضا وهو قول أبي يوسف رحمه الله أولا وهو القياس لأنه مأثور بالخصومة وهي منازعة والإقرار بضادها لأنه مسالمة والأمر بالشئ لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الإبراء والصلح ويصح إذا استثنى الإقرار ولو كانت حقيقة الخصومة مهجورة قلنا يصح استثناءه وكذا لو وكاله بالجواب مطلقا بتقيد بجواب هو خصومة عندهما المقصود الإنكار ولهذا لا يختار فيها الأهدى فالأهدى في الخصومة وهذا هو العرف والوكالة بتقيد به كما تقيد بالتقيد صريحاً ولا يجوز أن فيه إضرار بالموكل فلا يملكه ولهذا لا يملكه الأب والوصي في مال الصغير مع أن ولا يهتمما وفرقنا التوكيل صحيح فبدخل تحته ما يملكه الموكل وهو الجواب مطلقا دون أحدهما عينا إذا لا يجوز له أن ينكر إذا كان خصمه محقا والخصومة يراد بها مطلق الجواب عرفا مجازا لأنها سببه فذكر السبب وإرادة السبب شائع وأطروجه بمقابلته وأن الجواب يكون في موضع تكون فيه الخصومة وهو مجلس الحكم والجواب يتناول الإقرار والإنكار عملا بمعوم المجاز والدليل أنه يراد بها الجواب مطلقا فانه يراد به مطلق الوقت مجازا فيتناول الدليل والنهار عملا بمعوم المجاز والدليل أنه يراد بها الجواب مطلقا أن القاضي يأمره بالجواب فيقول له أجب خصمك ولا يأمره بالخصومة فوجب حمله على الجواب ليصح توكيله قطعا ولو جعل على الإنكار لا يصح الأعلى أحد التقديرين وهو أن يكون محقا بالإنكار وإن كان مبطلا لا يصح وهذا لأن الوكيل قائم مقام الموكل والموكل لا يملك الإنكار عينا وإنما يملك مطلق الجواب وهو نعم إن كان خصمه محقا وبلا إن كان مبطلا فكذلك لا يملك التوكيل بالإنكار عينا فلا يحمل عليه لأن في حله عليه فساد من وجه وفي حله على مطلق الجواب صحة من كل وجه فكان أولى لصحته بيقين قطعا بلا احتمال الفساد ولو استثنى الإقرار فعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يصح لأنه لا يكون توكيلا بالإنكار فقط وهو لا يملك ذلك عينا فكذلك لا يصح التوكيل به فلا يلزمنا وعن محمد أنه يصح لأنه لا يمكن أن يكون محقا بالإنكار فيملكه وتصميمه عليه يرجع تلك الجهة فيجوز توكيله به عند التصريح به وعند الإطلاق يحمل على مطلق الجواب وعن محمد أنه فرق بين الطالب والمطلوب فصحة من الطالب دون المطلوب لأن الطالب لا يجبر على الخصومة فله أن يוכל بشئ دون شئ على ما يختار والمطلوب يجبر عليه فلا يملك التوكيل بما فيه إضرار بالطالب ولأن الطالب يثبت حقه بالبيئة أو بشكول الموكل لأن الوكيل لا يختلف فلا يفيد استثناء الإنكار في حقه وفي ظاهر الرواية يصح استثناء الإنكار منهم ما ذكرنا ولأن الإنكار حقيقة في الخصومة فلا يعارضه المجاز عند التصريح بالحقيقة ثم أبو يوسف رحمه الله يقول الوكيل قائم مقام الموكل بأقامته فأقراره لا يختص بمجلس القاضي فكذلك أقراره من قام مقامه وهذا لأن الشئ إنما يختص بمجلس القضاء إذا لم يكن موجبا إلا بانضمام القضاء إليه كالبينة والشكول فأما الإقرار فوجب

ما يضاده فلا يجوز إقرار الوكيل على موكله كما لا يجوز صلحه وإبرأه مع أن الصلح أقرب إلى الخصومة من الإقرار وكما لو وكاله بالخصومة واستثنى الإقرار بأن قال وكنت بالخصومة بشرط أن لا تقصر على قافر الوكيل لم يصح إقراره لأن لفظ التوكيل بالخصومة لم يتناول الإقرار فلو تناوله بطل الاستثناء وصح الإقرار لأن الخصومة شيء واحد والاستثناء من شيء واحد لا يجوز اهـ (قوله وهو قول أبي يوسف) وبه قال مالك وأحمد وابن أبي ليلى اهـ (قوله ولهذا لا يملك أي الوكيل بالخصومة اهـ (قوله ويصح إذا استثنى الخ) قال العلامة قارئ الهداية رحمه الله ومن خطه نقلت الظاهر أنه دليل على أن التوكيل بالخصومة لا يتناول الإقرار والإلم يصح استثناءه كالم يصح استثناء الإنكار اهـ (قوله وكذا لو وكاله بالخصوبة

مطلقا) هذه مسألة مبتدأة بخلافية ليس إرادها على وجه الاستشهاد اهـ من خط قارئ الهداية أخذ من كلام نفسه بعض الشارحين اهـ (قوله ولأن فيه) أي في الإقرار اهـ (قوله دون أحدهما عينا) أي أحد الجوابين اهـ (قوله وأطروجه بمقابلته) كما سمى جزء السبئية سبئية في قوله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها الخروج الجزاء في مقابلة السيئة اهـ (قوله ولو استثنى الإقرار) جواب عن قوله ويصح إذا استثنى الإقرار اهـ غايه (قوله فلا يفيد استثناء الإنكار) صوابه الإقرار قال في تمة الفتاوى إذا وُكِّل بالخصومة واستثنى الإقرار صححت الوكالة والاستثناء في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أنه لا يصح وعن محمد أنه يصح استثناء الإقرار من الطالب لأنه مخير ولا يصح من المطلوب لأنه مجبور عليه اهـ غايه (قوله يصح استثناء الإنكار) صوابه الإقرار (قوله ولأن الإنكار) صوابه الإقرار

(قوله فانه يخرج عن الولاية في ذلك المال) ولا يدفع اليه المالان ولا يهتم باعتبار النظر وهو في حفظ المال والاقرار لا يكون حفظا بل هو اضعافا فاذا اخذ المال من الغريم لا يدفع اليه التناقص كما لو ادعى مالالا لصغير على رجل فأنكر فصدقه الاب أو الوصي ثم جاء يدعى المال لا يدفع المال اليه لانهم ما خرجا من الولاية والوصاية فكذلك الوكيل اه كما كنى (قوله فان قبل الدائن اذا وكل المدين الخ) قال في التخييرة في الفصل الرابع من الوكالة ما نصه ذكر في الجامع الكبير صاحب الدين اذا وكل المديون أن يبرئ نفسه عن الدين صح وإذا أبرأ نفسه برئ وذكر شيخ الاسلام في شرح كتاب المأذون أنه لا يصح وإذا أبرأ نفسه لا يبرأ في حوالة الاصل المختار له اذا وكل المحيل بقبض الدين من المختار عليه لا يصح وكذلك رب الدين اذا وكل المديون بقبض الدين من نفسه لا يصح وفي نوادر بشر عن أبي يوسف اذا كان بالمال كفيل فوكاله الطالب بقبضه من المطلوب بقبض لم يجز بقبضه وان هلك في يده عنده فلا ضمان (٣٨١) عليه لانه رسول ولم بقبضه لنفسه اه

ونكتب ما نصه قال في شرح التكلفة ومن وكل رجلا بقبض عبده في يد آخر وغاب فأقام من في يده البينة أن الموكل باعه اياه وقف الامر حتى يحضر الغائب لان الخصم ليس بخصم عن الغائب لانه وكيل بالقبض لا بالخصومة وكان القياس أن لا يوقف الامر كالا يقضى بالبيع لبطلان البينة إلا أنه استحس ذلك لقصر يده عن القبض لانه وكيل بصورة القبض ولهذا لو حضر الغائب تقام عليه البينة وكذلك لو وكاله بنقل عبده أو أمته أو امرأته فأقاما البينة على العتق والمرأة على الطلاق الثلاث بخلاف ما لو وكاله بقبض دين على رجل وغاب فأقام من عليه البينة أنه قضاه حيث تقبل بيته ويرأ الغريم لان الوكيل بقبض الدين وكيل بالتفليك

بنفسه فلا يختص بمجلس القضاء بخلاف الاب والوصي لان قصر فهمه ما مفيد بشرط النظر لقوله تعالى ولا تقر بومال اليتيم الاباتي هي احسن وقال تعالى قل اصلاح لهم خير وليس في اقراره خير لهم وهما يقولان ان المراد بالخصومة الجواب مجازا على ما بينا فمالك الاقرار من حيث انه جواب لان حيث انه اقرار والجواب يستحق في مجلس الحكم فيكون التوكيل مختصا به فيقوم مقام الموكل في مجلس الحكم لا غير ولم يكن وكلا في غيره فاذا أقر فيه لا يعتبر اقراره لكونه أجنبيا فلا ينفذ على الموكل لكن يخرج به عن الوكالة لان اقراره على الموكل يتضمن الاقرار على نفسه بأنه ليس له ولاية بالخصومة فيقبل في حق نفسه لا في حق الموكل كالا والوصي اذا أقر افعال الصغير لغيره فانه يخرج عن الولاية في ذلك المال ولو استثنى الانكار صح اقراره وكذا انكاره ولا يصير الموكل مقرا بالتوكيل بالاقرار ولو أقر الوكيل بالخصومة في حقه اذ في القصاص لا يصح اقراره لان التوكيل بالخصومة جعل توكيلا بالجواب مجازا بالاجتهاد فمكنت فيه شبهة العدم في اقرار الوكيل في مورد شبهة في درء ما يدعى بالشبهات قال رحمه الله (وبطل توكيله التكفيل بمال) معناه اذا كان لرجل دين على رجل وكفل به رجل فوكل الطالب التكفيل بقبض ذلك الدين من الذي عليه الاصل لم يصح التوكيل لان الوكيل هو الذي يعمل لغيره ولو صححنا هذه الوكالة صار عاملا لنفسه ساعيا في براءة ذمته فانه عدم الركن فبطل ولان قبول قوله ملازم للوكالة لكونه أمينا ولو صححنا هو واجب أن لا يقبل قوله لكونه متما فيه ببراءة نفسه فصارت نظيره من أعتق عبده المدين حتى زعمه ضمان قيمته الغرماء وزعم العبد جميع الدين ثم ان المولى ضمن الدين للغرماء فانه لا يصح ما ذكرنا فكذلك اذا كان قبل الدائن اذا وكل المدين ببراءة نفسه عن الدين يصح وان كان عاملا لنفسه ساعيا في براءة ذمته قلنا ذلك تعليق وليس بتوكيل كما في قوله لا امرأته تطلق نفسها فاذا بطلت الوكالة فلو قبضه من المدين وهلك في يده لم يملك على الطالب ولو أبرأ عن التكفاله لا تنقلب صحيفة لوقوعها باطلا ابتداء كما لو كفل عن غائب فانه يقع باطلا ثم اذا بلغه فأجازه لم يجز ما ذكرنا ولا يقال ينبغي أن تبطل الكفاله وتصح الوكالة كعكسه فانه لو وكاله بقبض الدين ثم ضمن الوكيل الدين صح الضمان وبطلت الوكالة لاننا نقول الكفاله أقوى من الوكالة لكونها لازمة فتصلح ناسخة لها بخلاف العكس ويجوز أن يوكل التكفيل بالنفس بالخصومة لان الواحد يقوم بهما قال رحمه الله (ومن ادعى أنه وكيل الغائب بقبض دينه فصدقه الغريم أمر بدفعه اليه) لانه اقرار على نفسه لان ما يقبضه خالص حقه اذا الديون تقضى بأموالها فيكون مقرا بوجوب دفع

(٣٦ - زيلعي رابع) والتملك لما عرف أن قضاء الدين انما يكون بأمواله الا بأعيانها فصارت خصما كالوكيل بأخذ الشفعة والقسمه فانه لما كان وكيلا بالتفليك ينتصب خصما عنه اه ونكتب أيضا ما نصه قال قاضيخان ولو وكل المديون ببراءة نفسه عن الدين صح توكيله ولاية تصرف على المجلس اه (قوله في المتن فصدقه الغريم الخ) أمالوا أنكر الغريم الوكالة وأقر بالدين فسيأتى الكلام عليه عند قوله في المتن أو لم يصدقه اه (قوله في المتن أمر بدفعه اليه) قال الكاكي وبه قال المازني وقال الشافعي وأحمد ومالك لا يؤمر بالتسليم الا أن يقيم الوكيل بيته على وكلته فيؤثر بالتسليم في الدين والوديعة واحتج الشافعي بأن هذا تسليم لا يبرئه عن الدين فلا يؤمر به كما لو كان الحق عينيا وكالوا قرآن هذا وصي الصغير بخلاف ما لو أقر أنه وارثه حيث يؤمر بالتسليم لانه يتضمن اقراره أنه أقر أنه لاحق لسواه وقلنا أقر على نفسه بأن له حق الاستيفاء لان ما يقبضه خالص ماله اه ونكتب ما نصه قال الاتقاني والأمر بتسليم الدين الى الوكيل مذهبنا وقال الشافعي لا يجبر على التسليم كذا في شرح الاقطع اه قال الاتقاني فان قلت يرد على هذا الوكيل بقبض الوديعة فان المودع

إذا صدقه ثم أبى أن يدفع إليه لا يجبر على التسليم إليه قلت انما لم يجبر المودع على التسليم لانه أقر بثبوت الحق في القبض في ملك الغير لان الوديعة ملك الغير فلا يصح اقراره في ملك الغير فلاجل هذا لم يجبر المودع على التسليم بخلاف الدين فان اقراره بحق القبض وقع في ملك نفسه لا في ملك الغير لان الدين تقضى بأمثالها (قوله في المتن فان حضر الغائب فصدقه) أي صدق الغائب وهو رب الدين الوكيل اه (قوله ولا يدفع الغريم اليه الدين ثانيا) (٢٨٢) لان الغائب لما لم يصدق في دعوى براءة ذمته عن الحق لم يصح الاداء فأمر بالدفع ثانيا

الى الموكل قال في شرح أدب القاضي في باب اثبات الوكالة كان للغريم أن يحلفه بالله ما قبض فلان بن فلان الا فلا في هذا المال بأمرك ووكالتك لان الغريم يدعي عليه ما لو أقر به لزمه فاذا أنكر يستحلف فاذا حلف كان له أن يرجع على الغريم والغريم يرجع على الوكيل اه غاية (قوله ولا يكون قوله ما حجة) أي الغريم والوكيل اه (قوله لا يرجع به عليه) لانه ما صدقه في الوكالة اذ قد أنه أمين في القبض ولكن الموكل يظلمه فيما يطالبه ثانيا فلما كان أمينا كان محققا في القبض ثم لما أخذ الغريم من الوكيل كان ذلك ظلما فلا يجوز لا أحد أن يظلم غيره وان كان هو مظلوما وهذا معنى قوله والمظلوم لا يظلم وان نكل الطالب عن اليمين كان ذلك بمنزلة الاقرار فلا يكون له بعد ذلك سبيل لأعلى المطلوب ولا على أحد غيره ثم الغائب اذا لم يصدق الوكيل ليس له أن يطالب الوكيل وقال بعض أصحاب الشافعي ان شاء ضمن الوكيل

ماله اليه حتى لو ادعى انه أوفى الدين الى الطالب لا يصدق لانه لزمه الدفع الى الوكيل باقراره وثبتت الوكالة به ولم يثبت الا بقاء مجرد دعواه فلا يثبوت حقه كمالو كان الموكل حاضرا وادعى ذلك وله أن يطالب رب المال ويستحلفه ولا يستحلف الوكيل بالله تعالى ما يعلم أن الطالب قد استوفى الدين لان النيابة لا تجري في الايمان بخلاف الوارث حيث يحلف على العلم لان الحق يثبت للوارث فكان الحلف بطريق الاصل دون النيابة وفي المسئلة نوع اشكال وهو أن التوكيل بقبض الدين يوكيل بالاستقراض معنى لان الدين تقضى بأمثالها فما قبضه رب الدين من المدينون يصير مضمونا عليه وله على الغريم مثل ذلك فالتقيا قصاصا والتوكيل بالاستقراض لا يصح والجواب أن التوكيل بقبض الدين رسالة بالاستقراض من حيث المعنى وليس يوكيل بالاستقراض لانه لا بد للوكيل بقبض الدين من اضافة القبض الى موكله بأن يقول ان فلانا وكنتي قبض ماله عليك من الدين كما لا بد للرسول في الاستقراض من الاضافة الى المرسل بأن يقول أرسلني اليك وقال لك أقرضني فصح ما ادعيت ان هذا رسالة معنى والرسالة بالاستقراض جائزة هكذا ذكره في النهاية وعزاها الى الذخيرة وهذا سؤال حسن والجواب غير مختص على قول أبي حنيفة رحمه الله فانه لو كان رسولا لما كان له أن يخاصم قال رحمه الله (فان حضر الغائب فصدقه ولا يدفع اليه الغريم الدين ثانيا) لانه اذا صدقه ظهر انه كان وكيلا له وقبض الوكيل قبض الموكل فتبرأ ذمته به وان كذبه لم يصبر مستوفيا بالقبض لانه لم يثبت وكالته والقول قوله في ذلك مع عينه لانه منكر ولا يكون قوله ما حجة عليه فبأخذه من الدين ثانيا ان لم يجبر استيفاءه قال رحمه الله (ورجع به على الوكيل لو باقيا) أي رجع الغريم بما قبضه الوكيل ان كان باقيا في يده لانه ملكه وانقطع حق الطالب عنه ولم يبق الاحتمال فيه حيث قبض دينه منه ثانيا قال رحمه الله (وان ضاع لا) أي ان ضاع المقبوض في يد الوكيل لا يرجع به عليه لان الغريم باقراره صار محققا في قبضه الدين وانما ظلمه الطالب بالأخذ منه ثانيا والمظلوم لا يظلم غيره ويرد على هذا ما لو كان لرجل ألف درهم مثلا وله ألف آخر دين على رجل فبات وترك ابني واقسمت الالف العين نصفين فادعى الذي عليه الدين أن الميت استوفى منه الالف حال حياته فصدقه أحدهما وكذبه الآخر فالكذب يرجع عليه بمحض سمائه ويرجع به الغريم على المصدق وهو في زعمه ان المكذب ظلمه في الرجوع عليه وظلم هو المصدق بالرجوع بما أخذه المكذب وذكر في الامالي انه لا يرجع لان الغريم زعم أنه برى عن جميع الالف الا أن الابن الجاحد ظلمه ومن ظلم ليس له أن يظلم غيره وما أخذه الجاحدين على الجاحدين والوارث لا يقضى من التركة وجه الظاهر أن المصدق أقر على أبيه بالدين لان الاقرار بالاستيفاء اقرار بالدين لان الدين تقضى بأمثالها فاذا كذبه الآخر وأخذ منه خمسمائة لم تسلم له البراءة الا عن خمسمائة فثبتت خمسمائة دين على الميت فيرجع به على المصدق فبأخذه ما أصابه بالارث حتى يستوفى لان الدين مقدم على الارث قال رحمه الله (الا اذا ضمنه عند الدفع) أي الآن ضمن الغريم الوكيل فحينئذ يرجع الغريم على الوكيل لان الضمان موجب ويجوز في قوله ضمنه التشديد والتخفيف فمعنى التشديد أن ضمن الغريم الوكيل ومعنى التخفيف أن ضمن الوكيل المال الذي أخذه منه

قال الشيخ أبو نصر وهذا لا يصح لان حقه في ذمة الغير لم ينعين بالدفع فكان له اتباع وصورة الذمة فاما الوكيل فاعا قبض مال الدافع فلا سبيل لصاحب الدين عليه اه اتفاقا (قوله ومعنى التخفيف أن ضمن الوكيل المال الذي أخذه منه) معناه أن ضمن الكفيل نظير المال الذي يأخذه رب الدين من المدينون على تقدير أخذه منه وليس المراد كما هو ظاهر العبارة أن الوكيل ضمن للدين المال الذي يأخذه الوكيل من المدينون لانه سمي في قريباتي كلام الشارح أن الكفالة بهذا المال غير صحيحة لانه أمانة وقد منج باكير في شرحه هكذا (الا اذا ضمنه عند الدفع) بأن قال الوكيل ان حضر الغائب وأنكر التوكيل فاني ضامن لهذا المال

(أول صدقه) الغريم (على الوكالة ودفعه اليه) بناء (على ادعائه) ففي هاتين الصورتين ان أنكر الغائب فالغريم يضمن الوكيل ان ضاع المال أما في الاول فلان المأخوذ نأبى مضمون عليه في زعمهما وهذه كفالة أضيفت الى حالة القبض فتصبح عترة الكفالة بما ذاب له على فلان وأما في الثانية فلانه لم يصدقه في الوكالة وإنما أذاه رجاء اجازة الغائب فاذا لم يجزه رجع عليه اه ما قاله باكير وظاهر قوله فاني ضامن لهذا المال أن عقد الضمان وقع على المال الذي قبضه الوكيل وهو غير صحيح لما تقدم أنه أمانة على أنه لا يلتزم مع قوله أما في الاول الخ فوجب أن يكون المراد نظير المال الذي يأخذه الغريم من المديون كما قدمنا فتنبه (قوله وصورة هذا الضمان الخ) ظاهره أن هذه الصورة على معنى التخفيف وليس بظاهر فوجب أن يكون هذا على معنى التشديد كما لا يخفى اه (قوله وزعمه) مبتدأ وخبره قوله انه قبضه بغير حق اه (قوله وليس له أن يسترد المدفوع في الوجوه كلها) قال قاضيان (٢٨٣) رجل ادعى على رجل أن فلانا وكله

بقبض دينه عليه فأنكر ودفع المال اليه على التكرار ثم أراد أن يسترده ليس له ذلك وفي المتنق له أن يسترده اه وكتب على قوله في الوجوه كلها ما نصه وهي أربعة حالة التصديق مع التضمن ومع عدمه وحالة التكذيب وحالة السكوت اه (قوله ليس له أن ينقضه ما لم يقع اليأس منه) قال الاتقاني وذلك لانه لا يجوز أن يسعي الانسان في نقض ماتم من جهته لانه عب وهو حرام ولهذا لم تكن الشفعة لوكيل المشتري حتى لا يلزم نقض ماتم من جهته اه (قوله الا في صورة واحدة وهو ما اذا صدقه في الوكالة) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسييجاني في شرح الكافي للحائمي الشهيد في باب الوكالة في الدين فان ضاع المال في يده رجع به عليه الغريم لانه قبضه بغير

وصورة هذا الضمان أن يقول الغريم لا وكيل نعم أنت وكيله لكن لا آمن أن يجحد الوكيل وأخذني نأبى ويصير ذلك ديناً عليه لانه أخذ مني ظمناً فهل أنت كفيل عنه بما أخذ مني نأبى فيضمن ذلك المأخوذ فيكون صحيحاً على هذا الوجه لانه مضاف الى سبب الوجوب وهو كقوله ما غصبك فلان فعلى أو ما ذاب لك عليه فعلى لان ما أخذ الطالب نأبى ما غصب وأما ما أخذ الوكيل فلا يجوز أن يضمنه لانه أمانة في يده لتصادقهما على أنه وكيل والا مانات لا تجوز بهما الكفالة على ما بيناه في موضعه قال رحمه الله (أول صدقه على الوكالة ودفعه اليه على ادعائه) أي يضمن الغريم الوكيل في هذه الصورة أيضاً لانه دفعه اليه على احتمال أن يكون وكيلاً ولم يرض بقبضه الا قضاء دينه تحصيلاً لبراءة ذمته فاذا لم يحصل وانقطع الرجاء رجع به عليه ولا فرق في ذلك بين أن يكذبه صريحاً أو يسكت لان عدم التصديق يشمل الصورتين وزعمه فيما اذا كذبه أنه قبض بغير حق وأن قبضه يوجب الضمان وكذا اذا لم يصدقه ولم يكذبه لان الاصل عدم التصديق وليس له أن يسترد المدفوع في الوجوه كلها قبل أن يحضر الطالب لان المؤدى صار حقا للطالب أما اذا صدقه فظاهر لانهما لا يتصادقان ظاهراً الا على حق وأما اذا لم يصدقه فلا احتمال أنه وكله وان لم يوكله يحتمل الاجازة منه فلا يكون له أن يأخذه مع بقاء هذا الاحتمال ولان من باشر التصرف لغرض ليس له أن ينقضه ما لم يقع اليأس منه ألا ترى أنه اذا دفعه الى فضولي على رجاء الاجازة لم يملك استرداده لاحتمال أن يجيز وكذا لو أقام الغريم البينة أنه ليس بوكيل أو على اقراره بذلك لا تقبل بينته ولا يكون له حق الاسترداد ولو أراد استخلافه على ذلك لا يستخلف لان كل ذلك يبنى على دعوى صحيحة ولم توجد لكونه ساعياً في نقض ما أوجبه للغائب ولو أقام الغريم البينة أن الطالب جحد الوكالة وأخذ مني المال تقبل لانه يثبت لنفسه حق الرجوع على الوكيل بناء على إثبات سبب انقطاع حق الطالب عن المدفوع وهو قبضه المال بنفسه منه فانتصب الحاضر خصماً عن الغائب في إثبات السبب فيثبت قبض الموكل فتنتقض يد الوكيل ضرورة وجاز أن يثبت الشيء ضمناً وان لم يثبت مقصوداً ولو ادعى الغريم على الطالب حين رجع عليه انه وكل القابض وأقام على ذلك بينة تقبل بينته وتبرأ ذمته ولو أراد أن يحلفه كان له ذلك فان نكل برئت ذمته ولو طلب الغريم أن يسترد من الوكيل ما دفعه اليه بعدما أدى الى الطالب بنفسه فادعى الوكيل هلاكه أو دفعه الى الموكل حلفه على ذلك وان مات الموكل وورثه غريمه أو واهبه له وهو قائم في يد الوكيل أخذه منه في الوجوه كلها لانه ملكه وان كان هالكاً ضمنه الا في صورة واحدة وهو ما اذا صدقه في الوكالة وان أنكر الغريم الوكالة وأقر بالدين فلا وكيل أن يحلفه بالله ما يعلم أن الطالب وكله بقبض

حق فكان مضموناً عليه ان كان كذبه أو لم يصدقه ولم يكذبه أو صدقه وضمنه لانه دفع اليه على ظن أنه وكيل فاذا أخلف ذلك الظن ظهر أنه لم يكن راضياً بقبضه وان صدقه ولم يضمنه لم يرجع به عليه لانه يزعم أن قبضه وقع حقاً فلا يستحق الرجوع عليه الى هنا لفظ شيخ الاسلام الاسييجاني اه اتقاني أقول وقد تلخص من هذا أن الاحوال فيما اذا ضاع المقبوض من يد الوكيل أربعة في ثلاثة منها يضمن وهي ما اذا صدقه على الوكالة وضمنه أو كذبه أو لم يصدقه ولم يكذبه والحالة الرابعة لا ضمان ما فوهي ما اذا صدقه ولم يضمنه والكل مفهوم من عبارة صاحب الكنز رحمه الله أما الاولى من أحوال الضمان فهي المراد بقوله الا اذا ضمنه أي مع كونه صدقه على الوكالة وأما الثانية والثالثة منها فاختلطان في قوله أو لم يصدقه الخ قال الشارح لان عدم التصديق يشمل الصورتين وأما الرابعة وهي حالة عدم الضمان فهي المراد بقوله وان ضاع لاقتبته

(قوله في المتن لم يؤمر بالدفع اليه) وروى (٢٨٤) الحسن عن أبي يوسف أنه يجبر على الدفع اه غايه (قوله ولو سلم الوديعة

اليه فهل كنت في يده وأنكر المودع الخ) قال الاتقاني رحمه الله فان كانت ضاعت في يده أي يد الوكيل فهل للمودع أن يرجع عليه فهو على وجوه أحدها أن يدفعها اليه المودع مع التصديق بلا تضمين فلا رجوع فيه لان في زعمه أن الوكيل محق في الأخذ ولكن الموكل ظلم في الأخذ ما نسا بالتضمن والمرء واخذ بزعمه والثاني أن يدفع بالتصديق وشرط الضمان احتياطا من تكذيب الغائب رجوع على الوكيل لأجل ضمانه والثالث أن يدفع مع التكذيب فإذا ضمنه الغائب كان له الرجوع على الوكيل لان في زعمه أنه أخذه بغير حق والرابع أن يدفع بلا تصديق ولا تكذيب فإذا ضمنه الغائب كان له الرجوع أيضا لان الدفع كان على رجاء الاجازة من الغائب فإذا انقطع الرجاء رجوع على الوكيل اه وهذه الوجه تؤخذ من كلام الشارح لكني بادرت بكتابتها قبل التأمل في كلام الشارح اه (قوله وليس له أن يرجع على الوكيل) أي فيما إذا دفعها اليه المودع مع التصديق بلا تضمين اه (قوله ولو دفع اليه من غير تصديق صادق بما إذا دفعها اليه مع التكذيب وبما إذا

دينه فاذا حلف لم يدفع اليه وان نكل قضى عليه بالمال للوكيل وعن أبي حنيفة رحمه الله انه لا يحلف لان حق التحليف بناء على أنه خصم ولم يثبت بلا حجة وجه ظاهر الرواية أنه لو أقر به لم يمه فاذا أنكر يحلف قال رحمه الله (ولو قال اني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه) لانه أقر له بقبض مال الغير فلا يصح ما فيه من ابطال حقه في العين بخلاف ما إذا ادعى أنه وكيل بقبض الدين فصدقه حيث يؤمر بالدفع اليه لانه أقر بحال نفسه اذ الدينون تقضى بأمثالها بالأبواب على ما بينا ولو هلكت الوديعة عنده بعدم مانع قبل لا يضمن وقيل ينبغي أن يضمن لان المانع من وكيل المودع في زعمه بمنزلة المانع من المودع وهو وجوب الضمان فكذا هذا ولو سلم الوديعة اليه فهل كنت في يده وأنكر المودع الوكالة يضمن المودع لانه متعذر بالتسليم اليه وله أن يحلف المودع انه ما وكاله فاذا نكل برئت ذمته واذا حلف ضمن وليس له أن يرجع على الوكيل لان في زعمه أن المودع ظالم في تضمينه اياه وهو مظلوم والمظلوم ليس له أن يظلم غيره الا اذا ضمنه وقت الدفع له على الصفة التي ذكرنا في الدين فيمنه يرجع عليه ولو دفع اليه من غير تصديق له على الوكالة ترجع عليه مطلقا ولو كانت العين باقية أخذها في الصور كلها لانه ملكها بأداء الضمان ولو أراد أن يسترد هاتمه بعد ما دفعها اليه لا عليك ذلك لانه ساع في نقض ما تم من جهته قال رحمه الله (وكذا لو ادعى الشراء وصدقه) يعني لو ادعى رجل شراء الوديعة وصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لان اقراره على الغير غير مقبول قال رحمه الله (ولو ادعى أن المودع مات وتركها ميراثا لصدقه دفع اليه) لان ملكه قد زال بموته وانفق ما له مال الوارث في دفعه اليه ولو ادعى رجل أن صاحب المال مات ولم يدع وارثا وأنه أوصى له بما في يده من مال الوارث في دفعه اليه ولو ادعى رجل أن صاحب المال مات ولم يدع وارثا لم يدع اليه انه لم يترك وارثا ينزل منزلة الوارث في دفع اليه بعد التلوم كما يدع اليه الوارث بعد التلوم لاحتمال أن يكون له وارث آخر ولو لم يقر من في يده المال بل أنكر موته أو قال لا أدري لا يؤمر بالتسليم اليه ما لم يقر بالبينة ولو لم يقل لم يترك وارثا لم يكن صاحب اليد خصما وتماه في النحر ولو ادعى أن صاحب المال مات وأوصى اليه وصدقه ذوا اليد لا يلتفت الى تصديقه ولا يؤمر بالتسليم اليه اذا كان المال عينا في يد المقر لانه أقر أنه وكيل صاحب المال بقبض الوديعة أو العصب بهدم موته فلا يصح كماله أقر أنه وكله حال حياته بقبض العين وان كان المال ديناعلي المقر فعلى قول محمد الاول يصدق ويؤمر بالدفع اليه لانه اقراره على نفسه اذ القضاء في خالص ماله كماله ادعى انه وكله في حال حياته بقبض الدين وصدقه المدين يجبر على التسليم بخلاف ما لو صدقه أنه وكيل بقبض الوديعة وعلى قول محمد رحمه الله الاخير وهو قول أبي يوسف رحمه الله لا يصدق ولا يؤمر بالتسليم اليه وان كان اقراره على نفسه من الوجه الذي ذكره لانه اقراره على الغائب من وجه ودعوى لبراءة نفسه بدفع المال اليه لانه لو دفع الدين اليه وتحقق موت صاحب المال برئ بالدفع اليه لصحة أمر القاضي بذلك حتى لو حضر الوارث وأنكر وصايته لا يلتفت اليه ولا له ولاية اتباع الغريم فيؤدي الى أن يبرأ من الدين بقوله من غير حجة بخلاف ما لو أقر بوكالته حال حياته لانه لو حضر رب الدين وأنكر كان له أن يتبعه بدينه لان أمر القاضي بالدفع لم يصح في حياته ذكره في التيسير قال رحمه الله (ولو وكله بقبض ماله فادعى الغريم أن رب المال أخذه دفع المال) أي رجل وكل رجلا بقبض دين له على غريمه فقال الغريم للوكيل ان رب المال أخذه مني يجبر على دفع المال الى الوكيل لان وكالته ثبت به وله أخذه رب المال اذ لم ينكر الوكالة وانما ادعى الايقاع وفي ضمن دعواه اقرار بالدين وبالكالة وهذا لا ينفك لم يكن هو محققا عنده في طلب الدين لما شغل بذلك فصار كما اذا طلب منه الدين فقال أو فيستفاد انه يكون اقرارا بالدين فاذا كان اقرارا ثبت الوكالة في زعمه ولم يثبت الايقاع يجبر بدعواه فيؤمر بالدفع اليه كماله أقر بالوكالة صريحا على ما بينا ولو طلب الغريم تحليف الوكيل انه لم يعلم ان الموكل استوفى منه لم يحلف لان المدين لا تجرى فيها النيابة على ما بينا من قبل

(قوله وفيه خلاف زفر) قال القدوري في كتاب التقریب وقال زفر أحلفه على علمه فان أبى أن يحلف خرج من الوكالة ولنا أن الوكيل قام مقام الموكل في الخصومة ومن قام مقام غيره لا يستحلف فيما يدعى قبله من الاستيفاء كالوصى ولان الغريم يدعى الإيفاء على الموكل واليمين عليه فلم تصح النيابة فيها وجه قول زفر أن البيعة لما جاز أن تسع على الوكيل لمافيها من اسقاط حقه في الخصومة جاز أن يستحلف لينسكل فيثبت هذا المعنى وكألو أقر سقطت خصومته اه غايه (قوله في المتن واتبع رب المال واستحلفه) فان حلف مضى الأداء وان نكل يتبع القابض فيسترد ما قبض اه غايه (قوله في المتن لم يرد عليه حتى يحلف المشتري) قال السكاكي رحمه الله وبه قال ابن أبي ليلى وقال الشافعي وأجد لا يلتفت الى قول البائع فيرد كافي الدين ولا يمين على الوكيل اذ لم يدع البائع علمه أو مالوا تدعى علمه يحلف على العلم وبه قال زفر وعندنا لا يحلف أيضا اه (قوله بخلاف مسألة الدين) قال الاتقاني حيث يدفع المال الى الوكيل بلا تأخير الى حضور رب الدين وحلفه وفي هذه المسئلة لا يرد المبيع على البائع بل يؤخر الامر الى أن يحضر المشتري فيحلف أنه مارضى بالعيب اه (قوله لان القضاء بالفسخ نافذ) وان ظهر الخطأ اه هداية (قوله ظاهر او باطنا عند أبي حنيفة) فاذا سقط البيع ظاهر او باطنا لا يمكن اعادته بعد ذلك فلاجل هذا يؤخر الرد الى أن يحضر المشتري فيحلف اه غايه (قوله وقيل الاصح عند أبي يوسف (٢٨٥) أن يؤخر في الفصلين) نظرا للغريم

والبائع اه غايه قوله للغريم أي في مسألة الدين اه قوله والبايع أي في مسألة الرد بالعيب اه (قوله في المتن فالعشرة بالعشرة) ومعنى قوله فالعشرة بالعشرة أي تكون العشرة التي حبسها عندها بالعشرة التي أنفقها من خالص ماله ولا يكون متبرعا بالعشرة التي أنفقها ولا ترد العشرة المحبوسة على الموكل ولم يذ كر مجدي الاصل مسألة الانفاق بل ذ كر مسألة قضاء الدين فمقال في كتاب الوكالة واذا دفع الرجل الى الرجل ألف درهم فمقال ادفعها الى فلان قضاء على فادفع الوكيل غيرها

وفيه خلاف زفر رحمه الله قال رحمه الله (واتبع رب المال واستحلفه) أي الغريم يتبع رب المال فيستحلفه لان قبضه يوجب براءة ذمته والطالب لو أقر به لزمه فيستحلف عند العجز عن إقامة البيعة وقد بيناه من قبل قال رحمه الله (وان وكاه بعيب في أمة وادعى البائع رضا المشتري لم يرد عليه حتى يحلف المشتري) أي وكاه برد جارية بسبب عيب فيها فقال البائع المشتري رضي بالعيب لا يرد علي البائع حتى يحلف المشتري بخلاف مسألة الدين لان التدارك ممكن هنالك باسترداد ما قبضه الوكيل اذ اظهر الخطأ عند نكوله ولا يمكن ذلك في العيب لان القضاء بالفسخ نافذ ظاهرا وباطنا عند أبي حنيفة رحمه الله فيصح القضاء ويلزم ولا يستحلف المشتري بعد ذلك لانه لا يفيد اذ لا يجوز فسخ القضاء وفي مسألة الدين ليس فيه قضاء وانما فيه الامر بالتسليم فاذا اظهر الخطأ فيه أمكن نزع منه ودفعه الى الغريم من غير نقض القضاء ولان حق الطالب في الدين ثابت بيقين لتحقيق الموجب فلا يتبع على الوكيل استيفاء ما لم يثبت الغريم ما يسقطه ولا كذلك العيب لانه لم يثبت ثبوت حق المشتري في الرد لاحتمال أنه رأى العيب ورضى به وقت التسليم فيمتنع ثبوت حقه في الرد أصلا وقالوا عند أبي يوسف ومحمد رحمه الله يجب أن لا يفرق بين المسائلتين بل يرد فيهما الحال لان القضاء بالخطأ لا ينفذ الا ظاهرا عندهما فأمكن التدارك فيهما وقيل الاصح عند أبي يوسف رحمه الله أن يؤخر في الفصلين لان من مذهبه أن القاضي لا يرد بالعيب على البائع ما لم يستحلف المشتري بالله تعالى مارضيت بهذا العيب وان لم يدع البائع الرضا فلا بد من حضور المشتري وحلفه قال رحمه الله (ومن دفع الى رجل عشرة ينفقها على أهله فانفق عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة) وهذا استحسان والقياس أن يكون متبرعا لانه خالف أمره فترد العشرة على الموكل وجه الاستحسان أن الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء لان الانفاق لا يكون بدون الشراء فيكون التوكيل به توكيلا بالشراء والوكيل

واحتبس الألف عنده كان القياس أن يدفع التي حبسها الى الموكل ويكون متطوعا في التي دفع وليكن ادع القياس وأستحسن أن أجزه الى هنا لفظ الاصل ولم يذ كر محمد القياس والاستحسان في الجامع الصغير وقالوا في شروحه هذا الذي ذ كر استحسان والقياس أن يرد على الموكل ان كانت قائمة ويضمن ان كان استهلكها وهو قول زفر وجه القياس أن الدراهم والدينانير تبعينان في الوكالة وان كانتا لا تبعينان في عقود المعاوضات وعندنا حتى لو هلك الدراهم قبل الانفاق أو قبل الشراء في التوكيل بالشراء بطلت الوكالة فاذا أنفق عشرة من عنده كان متبرعا فلا يكون له أن يرجع على الموكل ولانه خالف الامر فيرد مال الموكل لأن الموكل أمره بأن ينفق من مال الدافع لامن مال نفسه فلما أنفق من مال نفسه خالف وكان متطوعا اه اتقاني وكتب أيضا ما نصه قال قاضيان في فتاواه رجل دفع الى رجل عشرة دراهم وأمره أن يتصدق بهم فانفق الوكيل ثم تصدق عن الأمر بعشرة من ماله لا يجوز ويكون ضامنا للعشرة ولو كانت الدراهم قائمة فأمسكها الوكيل وتصدق من عنده بعشرة جاز استحسانا وتكون العشرة له بعشرته ولو دفع رجل دينار الى رجل وأمره أن يبيعه فباع المأمور ديناراً من عند نفسه وأمسك ديناراً لا أمر لنفسه قال أبو يوسف لا يجوز ولو دفع الى رجل ديناراً يشتري به ثوبا فاشتري بدينار من عند نفسه جاز شراءه ولا أمر ويكون الدينار له وكذا لو دفع الى رجل ديناراً يقضي غريمه فقتضاه من مال نفسه وأمسك الدينار لنفسه جاز اه (قوله في رد العشرة على الموكل) أي ان كانت قائمة ويضمن ان كان استهلكها وهو قول زفر اه غايه

(قوله ثم يرجع به على الآخر) وإذا ففر بحسن حقه من مال الآخر كان له أن يأخذه اه غايه قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسيحي في شرح الكافي للعالم الشهيد وإذا دفع الرجل الى الرجل ألف درهم فقال ادفعها الى فلان قضاء عني فدفع الوكيل غيرها واحتبسها عنده كان القياس أن يدفع الألف التي احتبس الى الموكل ويكون متطوعا فيما دفعه لانه لم يأمره بالدفع من مال نفسه فيكون متطوعا وقد بطلت جهة قضاء الدين فيلزمه الرد الى المالك ولكني أستحسن أن أحيزه لأن المأمور بقضاء الدين وأمور بشراء ما في ذمة الآخر بالدرهم والوكيل بالشراء إذا اشترى ونقد الثمن من عند نفسه سلم المقبوض له اه اتقاني (قوله ويحتاج الى النقد من مال نفسه الخ) فكان من طريق الدلالة كأن الموكل أمره بأن ينقذ من مال نفسه فإذا كان كذلك كان له حق الرجوع على الموكل ولم يكن متطوعا فيما فعل كالوصي إذا قضى دين الميت املك نفسه أو الوارث قضى دين الميت بغير إذن الورثة من مال نفسه لا يكون متطوعا فكذلك ههنا قالوا في شروح الجامع من المشايخ من قال مسئلة كتاب الوكالة في قضاء الدين وليس في قضاء الدين معنى الشراء فورد فيه القياس والاستحسان الاذان ذكرهما محمدي كتاب الوكالة اه (٢٨٦) اتقاني (قوله لانه ليس في معنى الشراء) أما الاتفاق شراء فلم يختلف فيه وجهها

القياس والاستحسان بل صح ذلك قياسا واستحسانا حتى يرجع الوكيل على الموكل بما أنفق قياسا واستحسانا اه غايه

باب عزل الوكيل

آخر العزل عن الوكالة لما أنه يقتضى سبق ثبوتها فانساب ذكره آخر اه غايه (قوله) الا اذا تعلق بها حق الغير بان وكاله بالخصومة) أى وكل المدعى عليه وكيلا بالخصومة مع المدعى بالتماس المدعى اه (قوله فان الموكل لا يملك عزله) أى بالرضا الخصم لئلا يلزم ابطال حق الغير قال شيخ الاسلام علي بن محمد علاء الدين الاسيحي في شرح الكافي للعالم الشهيد وإذا وكاله بالخصومة فله أن يعزله متى

بالشراء يملك التقدم من مال نفسه ثم يرجع به على الآخر وهذا لانه لا يستحب دراهم الآخر في كل مكان وينفق له ما أمره به من غير قصد فيشتر به له ويحتاج الى التقدم من مال نفسه فلم يجعل متبرعا لتحقيق الغرض الآخر ونفيا للخرج عن المأمور وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين لانه ليس في معنى الشراء ففي القياس يكون متبرعا لان أمره كان مقيدا بالمال المدفوع اليه ففي دفع مال آخر هو كالاجنبي فيكون متبرعا في القضاء من مال نفسه ويرد على المطلوب مأخذه منه لانه ملكه وقد كان عينه لجهة وقد استغنى عنه وجه الاستحسان أن مقصود الأمر تحصيل البراءة وقد حصلت ولا فرق في ذلك بين المالكين فلم يكن التقييد مفيدا فلا يعتبر ولان الوكيل قد يتولى بوجود الطالب في موضع ليس معه مال الموكل فيحتاج الى أن يدفع مثله من مال نفسه ليأخذ به من مال الآخر فكان هذا توكيلا بالمبادلة من وجه وهذا القدر من المبادلة يكفي لخدمة الرجوع عليه والله تعالى أعلم

باب عزل الوكيل

اعلم أن للموكل عزل الوكيل عن الوكالة متى شاء لانهم أحقه فيملك ابطالها الا اذا تعلق بها حق الغير بأن وكاله بالخصومة بالتماس من الطالب عند غيبة المطلوب فان الموكل لا يملك عزله في هذه الحالة لانه انما خلى سبيله اعتمادا على أنه يتمكن من اثبات حقه متى شاء فلو جاز عزله لتضرر به الطالب عند اختفاء المطلوب لمساقيه من ابطال حقه فصار كالوكالة المشروطة ببيع الرهن بخلاف ما اذا كان المطلوب حاضرا أو كانت الوكالة من غير التماس الطالب أو كانت من جهته لم يكن من الخصومة مع المطلوب في الوجه الاول ولعدم تعلق حقه بالوكالة في الوجه الثاني اذ هو لم يطلب وفي الوجه الثالث العزل الى الطالب وهو صاحب الحق فله أن يعزله ويباشر الخصومة بنفسه وله أن يترك الخصومة بالكلية وعلى هذا قال بعض المشايخ اذا وكل الزوج وكيلا بالطلاق وزوجته بالتامس ثم غاب لا يملك عزله وليس بشئ بل له عزله في الصحيح لان المرأة لا حق لها في الطلاق وعلى هذا قالوا وقال الموكل للوكيل كلما عزتتك فأنت وكيلى

شاء لان التوكيل استنباط فإذا عزله فقد تبين أنه استغنى عنه فيملك ذلك الا في خصلة واحدة وهو أن يكون الخصم قد لا يملك

أخذه حتى جعل له وكيلا في الخصومة فلا يكون له أن يخرج به الآخر من الخصم في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد وصورته أن يقول اني أخاف أن تغيب فوكل وكيلا لان غيبته أخا صمه فيقضي لي عليه فقد تعلق بها حق الطالب فلا يمكن ابطالها الا بعلمه الى هنا لفظ شيخ الاسلام رحمه الله وقال الامام محمد بن أحمد الاسيحي في شرح الطحاوي وللموكل أن يعزل وكيله متى شاء ويكون بعزله اياه خارجا عن وكالته وهذا اذا لم يتعلق بوكالته حق الغير فأما اذا تعلق بوكالته حق الغير فلا يملك الموكل عزله بغير رضامن له الحق كما لو رهن ماله عند رجل بدين له عليه أو وضعه عند رجل عدل وجعل المرتهن أو العبد لمسلطا على بيعه عند محل الاجل ثم عزل الرهن المسلط على البيع فانه لا يصح عزل المدعى وكذلك لو وكل المدعى عليه وكيلا بالخصومة مع المدعى بالتامس المدعى ثم عزل المدعى عليه بغير حضرة المدعى فلا يعزل لانه تعلق بهذه الوكالة حق الغير اه اتقاني (قوله أو كانت من جهته) أى بان وكل الطالب رجلا بالخصومة فله عزله عند غيبة المطلوب اه (قوله وعلى هذا قالوا وقال الموكل للوكيل الخ) قال قاضي خان رحمه الله في فصل الوقف على القرابات مانعه وقد اختلف نصير بن يحيى

ومحمد بن سلمة في الرجل اذا وكل وكيله على أنه متى أخرجه عن الوكالة فهو وكيله قال نصير تجوز هذه الوكالة بهذا الشرط وقال محمد بن سلمة لا تجوز وإنما اختلاف باختلاف تفسير هذا الشرط فمحمد بن سلمة فهم من هذا الكلام أنه متى أخرجه عن هذه الوكالة فهو وكيله بهذه الوكالة وهذا مخالف للشرع لان حكم الوكالة في الشرع أن لا تكون لازمة ويرد عليها العزل ونصير فهم من هذا الكلام أنه متى أخرجه عن هذه الوكالة فهو وكيله وكالة مستقبلة ولو صرح بذلك كان جائزا قال الفقيه أبو جعفر لو صرح بذلك إنما تجوز الوكالة في غير الوقف أما في الوقف وان صرح بذلك فأنابطله صيانة للوقف عن البطلان ثم في غير الوقف اذا جازت الوكالة بهذا الشرط فان أراد أن يخرج عنه عن الوكالة ينبغي أن يقول رجعت عن قولي متى أخرجتك عن الوكالة فأنت وكيل (٢٨٧) فيصح رجوعه عن الوكالة المتعلقة ثم

يقول أخرجتك عن الوكالة اه (قوله في المتن وتبطل الوكالة بالعزل اذا علم به الوكيل) قال في المتن في آخر مسائل شتى قبيل كتاب الشمادة ومن أعلم بالوكالة صح تصرفه ولا يثبت عزله الا بعدل أو مستورين اه (قوله لانه قد تصرف بعد العزل قبل أن يبلغه) أي بعبارة أو شراء فتصرف حقوق العقد اليه من نقد الثمن من مال الموكل اذا كان وكيل بالشرء ومن تسليم المبيع اذا كان وكيل بالمبيع ثم اذا عقد أو سلم ضمن ما تصرف لانه فعليه بعد العزل اه اتقاني (قوله بخلاف الطلاق والعناق والعزل الحكمي) قال الاتقاني بخلاف العزل الحكمي فانه كم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا اه غاية (قوله ويستوى في ذلك الوكيل بالنكاح وغيره) يعني العزل قبل العلم لا يصح أصلا والوكيل بالنكاح

لا يملك عزله لانه كلما عزله تجددت الوكالة وقبل يعزل بقوله كلما وكلتكم فأنت معزول وقال صاحب النهاية عندى أنه يملك عزله بأن يقول عزلتك عن جميع الوكالات فينصرف ذلك الى المعلق والمنفذ لان الوكيل تجوز ذلك أدى ذلك الى تغيير حكم الشرع بمجعل الوكالة من العقود اللازمة وكلاهما ليس بشيء لان في الاول عزله وتوكيله من غير فصل بينهما دائما الى نهاية وليس فيه وكالة تنفع ولا عزل يمنع وليس في الثاني ما يبطل الوكالة المتعلقة لان عزله لا يتناول الا الموجودة اذ لا يتصور عزل الوكيل قبل الوكالة كما لا يتصور عزل القاضى أو السلطان قبل التولية ولكن الصحيح اذا أراد عزله وأراد أن لا تنعقد الوكالة بعد العزل أن يقول رجعت عن المتعلقة وعزلتك عن المنعقدة لان ما لا يكون لازما يصح الرجوع عنه والوكالة منه قال رحمه الله (وتبطل الوكالة بالعزل اذا علم به الوكيل) وقال الشافعي رحمه الله يعزل بعزله وان لم يبلغه العزل لانه بالعزل يسقط حق نفسه وجواز الوكالة لحقه والمرء يتفرد باسقاط حق نفسه كالطلاق والعناق وكالعزل الحكمي مثل الموت والجنون ولنا أن العزل خطاب ملزم مقصود وحكم الخطاب لا يثبت في حق المخاطب ما لم يبلغه كخطاب الشرع حتى اذا بدل بالنسخ لا يثبت حكم النسخ حتى يبلغ المخاطب ولان في انعزاله اضراره لانه قد تصرف بعد العزل قبل أن يبلغه فليزمه الضمان بذلك والضرر مدفوع شرعا بخلاف الاعناق والطلاق والعزل الحكمي لان العزل فيه حكمي ضرورة عدم الحمل فلا يتوقف على العلم ويستوى في ذلك الوكيل بالنكاح وغيره والرسول يعزل قبل العلم به حتى اذا أرسله في البيع أو غيره فعزله قبل التبليغ انعزل لانه مبالغ عبارة المرسل وناقل اهافى يكون عزله رجوعا عن الايجاب وله ذلك قبل القبول كما اذا كان المشتري أو جبه بنفسه بخلاف الوكيل فانه يعقد بعبارة من عنده وان كانت الحقوق لا ترجع اليه بان كان سفيرا ومعبرا كافي النكاح وأمثاله وليس بناقل عبارة المرسل فلا يعتبر الوكيل فيه ايجابا وإنما الايجاب من الوكيل فلا يعزل حتى يبلغه لانه صار أصيلا في حق العبارة وان لم يكن أصيلا في حق الحقوق والرسول ليس بأصيل في شيء ما فافترقا وقد ذكرنا اشتراط العددا والعدالة في المبلغ غير مرة فلا نعيده وكذا الوكيل وكذا نفسه عن الوكالة لا يصح من غير علم الموكل ولا يخرج به عن الوكالة ولو جحد الموكل الوكالة فقال لم أوكله لم يكن ذلك عزلا قال رحمه الله (وموت أحدهما وجنونه مطبقا لحوقه مرتدا) يعني تبطل بهذه الاشياء أيضا لان الوكالة عقد جائز غير لازم فكان لبقائه حكم الابتداء فيشترط لقيام الامر في كل ساعة ما يشترط للابتداء بشرط في الجنون أن يكون مطبقا أي مستوعبا من قولهم أطبق الغيم السماء أي استوعبها لان كثرة كالموت وقابله كالانغماء وحده المطبق شهر عند أبي يوسف رحمه الله لانه يسقط به الصوم وعنه أكثر من يوم وليلة لانه يسقط به الصلوات

وغیره فی ذلك سواء اه (قوله وكذا الوكيل الحكمي نفسه الخ) قال في الخلاصة في الوكالة في الجنس الذي عقده للعزل وفي النوازل لو قال الموكل للوكيل رد على الوكالة فقال ردت الوكالة يعزل وكذا لو لم يقل الموكل رد على الوكالة ولكن الوكيل قال ردت الوكالة وعلم الموكل يعزل اه قلت واستقدنا من هذا أن الوكيل اذا عزل نفسه في غيبة الموكل فهو على وكالته حتى يعلم الموكل فاذا علم انعزل وهو حينئذ نظير ما اذا عزله الموكل فانه يبيح على الوكالة حتى يبلغه خبر العزل اه قال في الذخيرة في النصل الثاني في رد الوكالة ما نصه وكذلك الوكيل اذا عزل نفسه لا يصح عزله من غير علم الموكل ولا يخرج عن الوكالة اه (قوله في المتن وموت أحدهما وجنونه مطبقا) بسكون الطاء وكسر الباء أي دائم ومنه تسمية الأطباء الحصى الدموية اللازمة بالمطبة اه اتقاني قال النووي رحمه الله في تحرير التسمية الجنون المطبق بفتح الباء أي الذي أطبق جنونه ودام متصلا ومنه قول العرب الحصى المطبقة بفتح الباء وهي الدائمة اه

(قوله وإن كانت لازمة لا تبطل بهذه العوارض) أي الموت والجنون واللعاق بدار الحرب مرتدا اه قال في التتمة والفناوى الصغرى وهذا كله في موضع ذلك الموكل عزله أما في موضع لا يملك الموكل عزله كالعدل في باب الرهن والامر باليد للراءة فإنه لا يعزل الوكيل بموت الموكل وجنونه والوكيل بالخصومة بالتمسك بالخصم يعزل بموت الموكل وجنونه والوكيل بالطلاق يعزل بجنون الموكل استحسانا ولا يعزل قياسا وقال شيخ الاسلام علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد في الاستيعاب في أوائل كتاب الوكالة من شرح الكافي وإذا وكل الرجل وكيل في خصومة أو بيع أو شراء شيء كان له أن يخرج منه من الوكالة لأن التوكيل صح لخلق الموكل فكان له إبطاله فإن لم يخرج منه حتى ذهب عقل الموكل زمانا ناديا فقد خرج الوكيل من الوكالة لأن بقاء النيابة يستدعي بقاء أهلية المنيوب عنه فقد بطلت وهذا في شيء يقبل العزل فأما في شيء لا يمكن عزله فلا يبطل مثل الامر (٣٨٨) باليد وما أشبهه لأن هذا قصر في لازم لا يحتاج إلى التجديد فلا يشترط بقاء

والاهمية بخلاف التصرف وعند محمد رحمه الله حول كامل وهو الصحيح لأنه يسقط به جميع العبادات حتى الزكاة لأن استمراره حولامع اختلاف فصوله آية استحكامه أما ما دون الخول فلا يمنع وجوب الزكاة فلا يكون في معنى الموت والمراد بلحاظه بدار الحرب مرتدا أن يحكم الحيا كما يحل له أن لا يثبت الإحصاء الحيا كما إذا حكم به بطلت الوكالة بالاجماع وأما قبل ذلك فموقوفه عند أبي حنيفة رحمه الله لأن تصرفه موقوفه عنده فكذلك كونه فان أسلم نفذت وإن قتل أو لحق بدار الحرب بطلت وأما عندهما فتصرفه نافذة فلا تبطل وكالته هذا إذا كانت الوكالة غير لازمة وإن كانت لازمة لا تبطل بهذه العوارض كما إذا كانت الوكالة مشروطة في عقد الرهن وكذا إذا جعل أمر امرأته ببيعها ثم جن الزوج لا يبطل أمرها لأنه قد ملكها التصرف فصار كملك العين وإن كانت الوكالة بالنسكاح تبطل بالردة لأنه بالردة خرج من أن يكون مالك للنسكاح بنفسه فتبطل الوكالة به أيضا ثم لا تعود بالاسلام ذكره في النهاية وعزا إلى المدسوس ولا تبطل وكالة المرأة بارتدادها ما لم تلحق بدار الحرب ويحكم الحيا كما يحل لها وكذا يجوز توكيلها بعد ارتدادها أيضا لأنها تبقى بعد الردة مالكة للتصرف بنفسها ورتبتها لا تؤثر في عقودها إلا إذا وكلته بالتزويج ثم ارتدت والعياد بالله فان ذلك باطل لأنها لا تملك أن تتزوج بنفسها فكذلك لا تزوجها وكيلا ولو وكلت وكيله في حال ردتها فزوجها بعد ما أسلمت صح كالمعتدة إذا وكلت وكيلا بأن تزوجهما فزوجها بعد انقضاء عدتها بخلاف ما إذا وكلته قبل ارتدادها ثم ارتدت وأسلمت حيث لا يجوز أن تزوجهما إلا أن ارتدادها إخراج له عن الوكالة فصار معزولا من جهةها ولا تعود الوكالة بعد العزل وإن عاد المرنى لمسلم بعد اللعاق بدار الحرب فإن كان وكيلا فهو على وكالته عند محمد رحمه الله ولا يعود وكيلا عند أبي يوسف رحمه الله لأن قضاء القاضي بلحاظه بمنزلة موته ولهذا لا يعود ملكه في مدبره وأمهات أولاده ويعتقن به كما يعتقن بالموت وهذا لأن التوكيل إثبات ولاية التنفيذ لأن أصل التصرف بملكه بأهليته وولاية التنفيذ بالملك وباللعاق لحق بالاموات فلا ملك ولا أهلية له وجه قول محمد رحمه الله أن الوكيل يتصرف بعامة قائمة به والعجز بعراض اللعاق لتبني الدارين والتوكيل إطلاق فاذا زال العجز والطلاق باق عاده وكيلا لبقاء تلك المعاني وهو العقل والقدرة في ذلك التصرف والذمة الصالحة وهذا لأن صحة الوكالة لحق الموكل وحقه باق بعد لحاقه بدار الحرب وانما عجز عن التصرف بعراض على شرف الزوال فلا يعزله عن الوكالة فاذا زال صار كأن لم يكن فبقى الوكيل على وكالته بمنزلة ما لو أغنى عليه زمانا ثم أفاق وإن كان العائد مسلما هو الموكل لا تعود الوكالة في الظاهر وعن محمد أنها تعود كما قال في الوكيل لأنه إذا عاد عاد ملكه عليه مثل ما كان وقد

الاجتزاء لأنه يتلشى في كل ساعة فاعتبر بقاؤها أهلا اه اتقاني قال قاضيان في فتاواه رجل وكل رجلا بالخصومة فطلب خصمه ثم جن الموكل أو مات بطلت الوكالة والراهن إذا سلط العدل على البيع ثم جن ذكره من الأئمة السرخسي أنه لا يعزل العدل اه (قوله) ورتبتها لا تؤثر في عقودها لأن المرتدة لا تقتل عندنا لأن علة القتل الحراب ولم يوجد لأنه ليس لها بنية صالحة للحراب اه غاية (قوله) ولا يعود وكيلا عند أبي يوسف قال شيخ الاسلام علاء الدين الاستيعاب في شرح الكافي في أول الباب من كتاب الوكالة ثم قدر مدة اللعاق بأقل من سنة قال إن بقي أقل من سنة ثم عاد تعود الوكالة لأن بقاها على

احتمال أن يعود فاما إذا بقي أكثر من سنة ثم عاد لا تعود الوكالة لأن احتمال العود قد بطل بالخول ظاهرا وغائبا تعلقت

فصار كالجنون إذا كان أقل من سنة لا تبطل الوكالة وإذا استوعب السنة تبطل إلى هنا لفظه رحمه الله في شرح الكافي اه غاية (قوله) وباللعاق لحق بالاموات الخ) والوكالة لا تبقى بعد الموت فبطلت وبالباطل لا يعود بخلاف أملا كده فانه قائمة بعد الموت فصار أن تعود ولأن اللعاق يمنع ابتداء الوكالة فاذا طرأ عليها أن بطلها كالجنون اه غاية (قوله) وجه قول محمد أن عدم نفاذ تصرف الوكيل في دار الحرب لا باعتبار أنه انعزل بل باعتبار أن الامر لم يتناول تلك البقعة كمن قال لغيره بيع ثوبي يبعدها فأخرجه منها لم يجز بيعه فاذا عاد جاز بيعه فكذلك ههنا اه غاية (قوله) وإن كان العائد مسلما هو الموكل لا تعود الوكالة بالاتفاق وهذا هو المشهور اه غاية

تعلقت الوكالة بقدر ملكه فيعود الوكيل على وكأنه والفرق له على الظاهر أن الوكالة تعلقت بملك الموكل وقد زال ملكه برده وخالفه فبطلت الوكالة على البنات بخلاف ردة الوكيل فإن ملك الموكل باق على حاله وقد تعلقت الوكالة به وانما انقطع تصرفه ليجزئه وقد زال فتعود الوكالة كما كانت قال رحمه الله (وافترق الشريكين) أي تبطل الوكالة بافتراق الشريكين وإن لم يعلم الوكيل به لانه عزل حكيم والعزل الحكمي لا يشترط فيه العلم ثم هذا الكلام محتمل وجهين أحدهما أن يعزل كل واحد منهما عن الوكالة التي تضمنها عقد الشركة لأن كل واحد منهما وكيل عن صاحبه بالتصرف فيعزل بالافتراق عن هذه الوكالة التي تضمنها عقد الشركة لأنها كانت باقية في ضمن الشركة فتبطل بطلانها إذا لم يكن مصرحاً بها وفيه اشكال من حيث إنه لا يصح أن يفرد أحدهما بفسخ الشركة بدون علم صاحبه بل يتوقف على علمه لانه عزل قصدي فكيف يتصور أن يعزل بدون علمه ويمكن أن يحمل على ما اذا هلك المالان أو أحدهما قبل الشراء فإن الشركة تبطل به وتبطل الوكالة التي كانت في ضمنها علم بذلك أو لم يعلم لانه عزل حكيم إذا لم تكن الوكالة مصرحاً بعقد الشركة على ما ينافي كتاب الوكالة والثاني أن أحد الشريكين أو كليهما لو وكل من يتصرف في المال جاز على ما عرف فلوافترقا انعزل هذا الوكيل في حق غير الموكل منهما إذا لم يصرح بالاذن في التوكيل قال رحمه الله (وعجز موكله لمكاتبه وجره لوماً ذونا) معناه لو كان الموكل مكاتباً أو عبداً ما ذناله في التجارة يعزل الوكيل بعجز المكاتب وجره لوماً ذونا لم يعلم لأن بقاء الوكيل معتبر بابتدائها لكونها غير لازمة لأن العقود التي لا تلزم لبقائها حكم الابتداء فيشترط في حالة البقاء قيام الامر كما في الابتداء وقد بطل بالعجز والجر فتبطل الوكالة ويستوى فيه علم الوكيل وجهله لأن البطلان حكمي كما إذا تصرف الموكل في الشيء الذي وكل فيه هذا إذا كان وكيلاً في العقود والخصومات وأما الوكيل في قضاء الدين واقتضائه فلا يعزل بعجز المكاتب ولا بعجز المأذون له لأن العجز أو الجرح يوجب الجرح عليه من إنشاء التصرف فيخرج وكيله عن الوكالة ولا يوجب الجرح عليه من قضاء الدين واقتضائه فكذلك لا يوجب عزل وكيله عن ذلك فإن كونه بعد ذلك أو أذن للعجز عليه لم تعد الوكالة التي بطلت لان صحتها كانت باعتبار ملك الموكل التصرف عند التوكيل وقد زال ذلك بالعجز والجر بعد الوكيل فلم يعد بالكتابة الثانية والاذن الثاني ولو عزل المولى وكيل العبد المأذون له لا يعزل لان ذلك جرح خاص والاذن في التجارة لا يكون الاعا ما فكان باطلاً لا ترى أن المولى لا يملك نفسه عن ذلك مع بقاء الاذن فكذلك لا ينفذ فعله الحكمي فيه قال رحمه الله (وتصرفه بنفسه) أي تبطل الوكالة بتصرف الموكل بنفسه فيما وكله به لقوات المحل والمراد بتصرفه ما يعجز الوكيل عن الامتثال به مثل أن يوكله ببيع عبد ثم يبيعه الموكل بنفسه أو يديره أو يكتبه وإن لم يعجزه عن الامتثال فالوكالة باقية على حالها وهذا أصله حتى لو وكره بطلاق امرأته فطلقها هو فلا تأووا حسنة فانقضت عدتها بطلت الوكالة ليجزئه عن الامتثال ولو تزوجها بعد ذلك ليس الوكيل أن يطلقها التحق بعجز الموكل عن الإيقاع بانقضاء العدة فكذلك الوكيل وانما يمكن من الإيقاع بعده بسبب جديد ولم يحصل ذلك للوكيل ولو طلقها واحدة ولم تنقض عدتها للوكيل أن يطلقها أخرى لبقاء المحل ولو وكره بتزويج امرأة فانقضت عدتها بنفسه ثم طلقها ليس للوكيل أن يزوجه أياها لان الحاجة قد انقضت بخلاف ما إذا تزوجها الوكيل بنفسه ثم أبانها حيث يجوز له أن يزوجه من الموكل لبقاء الحاجة ولو وكره بطلاق امرأته ثم ارتد الزوج فطلاق الوكيل يقع عليها مادامت في العدة لبقاء عقد النكاح من الزوج من الإيقاع وان لحق بدار الحرب فذلك بمنزلة موته ولو وكره بالخلع ثم خلعها الزوج بنفسه خرج الوكيل من الوكالة لان الخلع بعد الخلع لا يصح فتنذر تصرف على الوكيل بخلاف ما إذا وكره أن يطلقها ثم خالعها الزوج حيث يقع عليه طلاق الوكيل مادامت في العدة لان طلاق الزوج يقع عليها في هذه الحالة فيبقى الوكيل على مكانته والاصل فيه أن ما كان الموكل فيه قادراً على الإيقاع كان وكيله أيضاً قادراً

(قوله والفرق الخ) كما قالوا
فمن وكل رجلاً ببيع عبده
ثم باعه الموكل انعزل الوكيل
فإذا رد على الموكل يعيب
بقضاء عادت الوكيل
لان الملك الاول عاد فعاد
حقوقه اه غايه (قوله تبطل
الوكالة بافتراق الشريكين)
يعني أحدهما يركب العنان
أو المفاوضة (قوله فلو وكيل
أن يطلقها أخرى لبقاء
المحل) بخلاف ما إذا طلقها
بنفسه ثلاثاً حيث لا يكون
للكيل أن يطلقها بعد ذلك
لا في العدة ولا بعدها اه
انقضى (قوله حيث يجوز
له أن يزوجه من الموكل
لبقاء الحاجة) ولو ارتدت
ولحقت بدار الحرب ثم سبيت
وأسلت فزوجه أياها
الوكيل جاز في قياس قول
أبي حنيفة ولم يعجز في قول
أبي يوسف ومحمد لأنها صارت
أمة ونكاح الأمة ليس
بمعهود وغير المعهود خارج
عن مراد المتكلم عندهما
اه غايه

(قوله ولو وكله ببيع شيء فباعه الموكل (٢٩٠) ثم رد عليه بما يكون فسخا كخيار روية الخ) قال في القنية في مسائل متفرقة من كتاب

على الإقناع فتبقى الوكالة على حالها وما لا فلا ولو وكله ببيع شيء فباعه الموكل ثم رد عليه بما يكون فسخا كخيار روية أو خيار شرط أو عيب بقضاء أو فسخا ببيع فالوكيل باق على وكالته لأن ملكه القديم قد عاد إليه بالفسخ فتمرد الوكالة وإن رد عليه بما لا يكون فسخا كالدعوى بغير قضاء أو أقاله لا تعود الوكالة لأنه ببيع في حق ثالث والوكيل ثالث ما ولو أقاله كالة تعلقت بالملك الأول وهذا ملك جديد بخلاف ما إذا رد عليه بما يكون فسخا ولو باعه الوكيل ثم رد عليه بما يكون فسخا فإنه أن يبيعه ثانيا كما إذا كان البائع هو الموكل فرده عليه بذلك ولو وكله ببيع شيء فوهمه المالك ثم رجع بالهبة فليس للوكيل أن يبيعه لأن الواهب محتار في الرجوع فكان ذلك دليل عدم حاجة الواهب إلى الهبة ولو وجهه الوكيل فرجع الموكل في هبته لم يكن للوكيل أن يبيعه ثانيا لما ذكرنا قال محمد رحمه الله لا تشبه الهبة البيع لأن الوكالة بالبيع لا تنقض بعبارة المبيع لأن الوكيل بالبيع بعد ما باع يتولى حقوق العقد ويتصرف فيها بحكم الوكالة فإذا فسخ البيع والوكالة قائمة جاز له أن يبيع ثانيا بحكمها أما الوكالة بالهبة تنقض بعبارة الهبة حتى لا يملك الوكيل الواهب الرجوع ولا يصح تسليمه فإذا رجع في هبته فقد عاد إليه العبد ولا هبة ولا وکالة فلا يتمكن الوكيل من الهبة ثانيا ولو وكله ببيع عبده فأسره العبد وأدخله في دارهم ثم رجع إلى الموكل بملك جديد بأن اشتراه منهم لم تعد الوكالة ولو أخذ من المشتري منهم الثمن أو بالقيمة ممن وقع في سهمه من الغائبين فهو على وكالته لأنه لا أخذ من هذا الطريق عادة في قديم ملكه وقد كانت الوكالة متعلقة به فإذا عاد عاد الوكالة ولو وكله باعتاق أمته فأعتقها الموكل ثم ارتدت والعباد بالله ولحق بدار الحرب ثم سببت وملكها لا تعود الوكالة لأنه ملك جديد غير الأول بسبب جديد ولو وكله بأن يزوجه امرأة معينة وهي ذات زوج فمات زوجها وأطلقها وانقضت عدتها جاز للوكيل أن يزوجه من الموكل لأن هذه وکالة مضافة لانعدام المحل وقت التوكيل وهي جائزة ولو وكله أن يزوجه امرأة معينة فارتدت والعباد بالله ثم أسرت وأسلمت جاز للوكيل أن يزوجه أياها عند أي حنية رجه الله خلافا لما يشاء على أن تسمية المرأة مطلقة تنصرف إلى الحرة عندهم ما ولا تنصرف عنده بل له أن يزوجه الأمة ولو وكله بالبيع ثم رهنه الموكل أو أجره ففساهه فالوكيل على وكالته في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يخرج عن الوكالة والله أعلم

الوكالة وكله بأن يزوج داره ثم أجره الموكل بنفسه ثم انفسخت الإجارة يعود على وكالته اه (قوله ولو وكله بأن يزوجه امرأة معينة الخ) قال في القنية في باب الوكالة في الطلاق والنيكاح بعد أن رقم اشرح السرخسي لهنا زوج فوكلت رجلا بأن يزوجه من نفسه فلما طلقها وانقضت عدتها زوجها الوكيل من نفسه جازت فقد صحت كملها به مع عجزها عنه وقت التوكيل اه (قوله جاز للوكيل أن يزوجه من الموكل) لأنه أمره بالنكاحها إياه وهو متصور بواسطة الموت وانقضاء العدة فانصرف التوكيل إليه وصار كاله نص على إضافة التوكيل إلى تلك الحالة والوكالات مما قبل التعليق والإضافة إلى زمان في المستقبل اه غاية

كتاب الدعوى

قال رحمه الله (هي إضافة الشيء إلى نفسه حالة المنازعة) أي الدعوى أن يدعى الشيء إلى نفسه في حالة الخصومة وهذا في الشريعة ولهذا قال عليه الصلاة والسلام البيئة على المدعى واليمين على من أنكر لأن كل واحد من البيئة واليمين يحتاج إليه عند إضافة الشيء إلى نفسه إذا كان ثمنازاع وهي في اللغة عبارة عن إضافة الشيء إلى نفسه مطلقا من غير تقييد بمنازعة أو مسائلة مأخوذ من قولهم أدي فلان شيئا إذا أضافه إلى نفسه إذا قال لي ومنه دعوة النسب بالكسر والدعوة بالفتح في المأدبة وقيل الدعوى في اللغة قول يقصده الإنسان إيجاب الشيء على الغير إلا أن اسم المدعى يتناول من لا حجة له في العرف ولا يتناول من له حجة فإن القاضي يسميه مدعىا قبل إقامة البيئة وبعد ما يسميه محقلا لا مدعىا ويقال للمسلمة الكذاب نعمة الله مدعى النبوة لأنه عجز عن إثباتها ولا يقال للرسول صلى الله عليه وسلم مدعى النبوة لأنه قد أثبتها بالمعجزة والدعوى اسم وليس مصدر والفعل ادعى افتعل والمصدر ادعاء فاعمال وألف دعوى للتأنيث فلا يتوون وجعها دعوى بفتح الواو لا غير كفتوى وفتاوى واسم الفاعل مدع والمفعول مدعى عليه والمال مدعى والمدعى به خطأ ثم شرط جواز الدعوى أن تكون في مجلس القاضي ولا تصح

لما كانت الوكالة بالخصومة من أنواع الوكالات وهي سبب دأع إلى الدعوى والخصومة ناسب ذكر كتاب الدعوى عقيب ككلمة الوكالة لأن المسبب يقتضى سابقة السبب اه اتفاقى (قوله في المتن هي إضافة الشيء الخ) هذا ركنها لأن ركن الشيء ما يقوم به الشيء والدعوى إنما تقوم بإضافة المدعى إلى

كتاب الدعوى

نفسه فكان ركنها اه (قوله ولهذا) أي ولاجل أن الدعوى لا تكون إلا حال المنازعة لإحلال المسألة اه (قوله يقصده في الإنسان إيجاب الخ) لأنه يضيفه إلى نفسه فيقول انى اه غاية (قوله بفتح الواو لا غير) هكذا قال في الكافي اه

(قوله أو نعم) أي فإذا أجاب بنعم يجب ما ادعاه المدعي بأقرار المدعي عليه وإن قال لا يقول القاضي للمدعي أنك بينة فإن قال لا يقول لك بينة فإن طلب المدعي بينة استخلفه فإن حلف برئ عن الدعوى وإن نكل لزمه الدعوى اهـ غايه (قوله في المتن والمدعي من اذترك الخ) قال الاتفاقى وقال بعضهم صورة ذلك هو أنه اذا ترك دعواه ترك والمنكر هو الذى اذا ترك دعواه لا يترك اهـ (قوله كالمودع الخ) سيما فى قبيل قوله ولو اقرت المدعى بيمينه أن المودع اذا قال ان الوديعه قبضها صاحبها يخلف على البتات اهـ (قوله وهو منكر للوجوب) أى لوجوب الضمان لانه يمسك بالاصل اذا اصر في الذم البراءة اهـ (قوله وسبب (٣٩١) وجوب الخ) لان أحكام الديون تختلف باختلاف أسبابها فانه اذا

كان بسبب السلم يحتاج الى بيان مكان الابفاء ليقع التحرز عن الاختلاف ولا يجوز الاستبدال به قبل القبض وإن كان من مبيع يجوز الاستبدال به قبل القبض ولا يشترط بيان مكان الايفاء اهـ كما كى (قوله لفسادها) ولا نعلم فيه خلافا الا فى الوصية فان الأئمة الثلاثة يجوزون دعوى المجهول فى الوصية فان ادعى حقاً من وصية أو اقراراً فانه ما يصح بالجهول ويصح دعوى الاقرار بالجهول بلا خلاف ولا يشترط لسماع الدعوى الخصاله والمعاملة ولا فرق فيه بين طبقات الناس وعن مالك لا تسمع دعوى الدين على الشريف اذا لم يعرف بينهما سبب اهـ كما كى (قوله في المتن فان كان عينا) قال الاستروشى فى فصوله فى الفصل التاسع ان الدعوى لا تخلو إما أن تقع فى الدين أو فى العين فان وقعت فى العين فلا تخلو إما أن كان

فى غير مجلسه حتى لا يستحق على المدعى عليه جوابه وأن يكون الخصم حاضراً حتى لو ادعى على غائب لا يجاب وأن يكون المدعى شياً معلوماً يمكن اثباته بالبينة ويمكن القاضي من الحكم به حتى لا يجيب الجواب على المدعى عليه اذا كان المدعى مجهولاً وحكمها وجوب الجواب على الخصم اذا صحت وترتب على صحته وجوب احضار الخصم والمطالبة بالجواب بلا أنوع واقامة البينة واليمين اذا أنكر قال رحمه الله (والمدعى من اذا ترك ترك والمدعى عليه بخلافه) أى لا يترك اذا ترك بل يجبره هذه المعرفة الفرق بينهما وهى من أهم ما ينبغي عليه مسائل الدعوى وقد اختلفت عبارات المشايخ فى حقه فنهى ما ذكرناه وهو حد صحيح لكونه جامعاً للمحدود ما نعام من دخول غيره فيه وقيل المدعى من لا يستحق الابتنج كالتأرج والمضى عليه من يستحق بقوله من غير حجة كصاحب اليد وقيل المدعى من التمس غير الظاهر والمدعى عليه من يمسك بالظاهر وقيل المدعى من يشتمل كلامه على الاثبات فلا يصير خصماً بالنكاح فى النفي فان اخرج لوقال لى اليد هذا الشئ ليس لك لا يكون خصماً ومدياً لم يقل هو لى والمدعى عليه من يشتمل كلامه على النفي فيمكن به منه فان ذا اليد لو قال ليس هذا لك كان خصماً بهذا القدر وقوله هو لى فضله فى الكلام غير محتاج اليه وقبل كل من يشهد بما فى يد غيره لنفسه فهو مدعى وكل من يشهد بما فى يده لنفسه فهو منكر ومدعى عليه وكل من يشهد بما فى يد غيره لغيره فهو شاهد وكل من يشهد بما فى يده لغيره فهو مقرر وقال محمد رحمه الله فى الاصل المدعى عليه هو المنكر والآخر هو المدعى وهذا صحيح غير أن التمييز بينهما يحتاج الى فقه وحده كذا اذا عبرة للمعنى دون الصورة فانه قد وجد الكلام من شخص فى صورة الدعوى وهو انكار فى المعنى كالمودع اذا ادعى رد الوديعه فانه مدعى للرد وصورة وهو منكر للوجوب معنى فيحلفه انه لا يلزمه رده ولا ضمانه ولا يحلفه على انه رده لان اليمين تكون على النفي ليتحقق الانكار لانه ينكر الوجوب عليه والاصل براءة الذمة فكان القول له ولا يرد على هذا المدين اذا ادعى قضاء الدين أو لبراء الطالب فان القول للطالب مع انه يدعى شغل ذمته والمدين البراءة لا تناقولا اتفاقاً على وجوب الدين صار الشغل هو الاصل والمدين بدعواه الايفاء أو البراءة صار مدياً بخلاف الاصل والطالب ينكر فكان القول له أو نقول ان المودع أمين فيكون القول قوله فى وضع الامانة موضعها كما فى القاضي وأمينه وكالمطلقة اذا دعت انقضاء العدة أو بقاءها قال رحمه الله (ولا تصح الدعوى حتى يذ كر شيئاً علم جنسه وقدره) لان فائدتها الا لزام بواسطة الاشهاد ولا يتحقق الاشهاد ولا الا لزام فى المجهول فلا يصح ولا يجب الجواب على الخصم فان ادين جنسها ونوعها وقدرها وصفتها وسبب وجوبها صحت الدعوى فيترتب عليها أحكامها من وجوب الاحضار والحضور والمطالبة بالجواب ووجوب الجواب واليمين واقامة البينة ولزوم احضار الشئ المدعى ان لم يكن ديناً ولا يتعلق بالدعوى المجهولة شئ من ذلك لفسادها وانما وجب اذا صحت لقوله تعالى واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فرى منهم معرضون الحق الوعيد بمن امتنع عن الحضور بعد ما طوب به فدل ذلك على أن الحضور مستحق عليه قال رحمه الله (فان كان عينا فى يد

عقاراً أو منقولاً فان كان منقولاً فلا تخلو إما أن كان قائماً أو هالكا فان ادعى منقولاً قائماً فان أمكن احضاره مجلس الحكم فالقاضي لا يسمع دعوى المدعى ولا شهادة شهوده الا بعد احضار ما وقع فيه يشير اليه المدعى والشهود لتقطع الشركة بين المدعى وغيره قال شمس الأئمة السرخصى ومن المنقولات ما لا يمكن احضاره عند القاضي كالصبرة من الطعام والقطيع من الغنم فالقاضي بالخيار ان شاء حضر ذلك الموضع لو تيسر له ذلك وان كان لا يتيسر له الحضور وكان ما ذوباً بالاستخلاف يبعث خليفته الى ذلك الموضع وهو نظير ما اذا كان القاضي فى داره ووقعت الدعوى فى جبل ولا يسع باب داره فانه يخرج الى باب داره أو يأمر نائبه حتى يخرج ليشير اليه الشهود بحضرته وفى القدورى

إذا كان المدعى شيئاً يتعذر نهله كالرجي فالخاكم بالخيار أن شاء حضر وان شاء بعث أميناً كذا ذكره في الذخيرة وذكره القاضي الامام ظهير الدين وهذا انما يستقيم اذا كان العين المدعى في المصر أما اذا كان خارج المصر كيف يقضى القاضي به والمصر شرط لجواز القضاء في ظاهر الرواية لكن الطريق فيه أن يبعث واحد من أعوانه حتى يسمع الدعوى والبلدية ويقضى ثم بعد ذلك يعرض قضاءه اهـ (قوله وكذا في الشهادة والاستخلاف) يعني اذا شهد الشهود على العين المدعاة أو استخلف المدعى عليه على العين المدعاة كلف احضارها اهـ غاية وكتب ما نصه قال الاتقاني ويتعلق بالدعوى أيضاً وجوب احضار العين المدعاة لمجلس القاضي على المدعى عليه اذا كانت متقولة قائمة في يده حتى يشير المدعى أو الشهود اليها أو يشير اليها المدعى عليه عند الاستخلاف اهـ (قوله ذكر قيمتها) أي ذكر المدعى قيمتها حتى تصح الدعوى بوقوعها على معلوم لأن عين المدعاة تعذر مشاهدتها ولا يمكن معرفتها بالوصف فاشتراط بيان القيمة لانها شيء تعرف العين الهالكة به اهـ (قوله لأن غير المقدر) أي المقدر بالكيل أو الوزن اهـ (قوله يشترط مع ذلك) أي مع بيان قيمتها اهـ (قوله ذكر كذا كورة) وبعضهم لم يشترط ذلك اهـ (قوله فلو كلف بيان القيمة لتضرر به) قال الكاكي وفي المجتبى قال لا ينبغي في مسألة سرقة البقرة لو اختلفا في لو تم تقبل الشهادة عنده خلافاً لهما وهذه المسألة تدل على أن احضار المنقول ليس بشرط للشهادة والدعوى اذ لو شرط لاحضارها لما وقع الاختلاف عند المشاهدة ثم قال والناس عنها غافلون اهـ (قوله في المتن وان ادعى عقاراً الخ) ذكرهنا فصولاً ثلاثة الاول لتحديد العقار وهو بيان حدوده والثاني ذكر المدعى أن المدعى في يد المدعى عليه والثالث ذكر المدعى أنه يطلب المدعى عليه بالمدعى أمما الفصل الاول فنقول انما شرط التحديد لأن الدعوى لا تصح في الجهول والعقار لا يعلم الا بالتحديد فاشتراط التحديد حتى تقع الشهادة على معلوم قال في شرح الاقطع لو وقعت الدعوى في غير (٢٩٢) محروم لم تصح حتى يحضر الخاكم عند الارض فيسمع الدعوى على عينها ويشير

المدعى عليه كلف احضارها ليشير اليها بالدعوى وكذا في الشهادة والاستخلاف) لأن الاعلام بأقصى ما يمكن شرط وذلك بالإشارة بعد الاحضار فيما يمكن احضاره من المنقول وان لم يمكن كالرجي حضره الخاكم أو بعث أمينه قال رحمه (وان تعذر ذكر قيمتها) أي ان تعذر احضار المنقوليات بأن كانت هالكة أو غائبة ذكر قيمتها لأن غير المقدر لا يمكن ضبطه بالوصف ويمكن بالقيمة فوجب للمدعي بالبيان انما هي المدعاة في هذه الحالة اصير ورتهاداً في الذمة وقال أبو الليث يشترط مع ذلك في الحيوان ذكر كذا كورة والافونة وان لم يبين القيمة فقال عصب مني عينا كذا ولا أدري أنه هالك أو قائم ولا أدري كم كانت قيمته قال في الكافي ذكر في عامة الكتب انه يسمع دعواه لأن الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف بيان القيمة لتضرر به وعزاه إلى القاضي فخر الدين وإلى صاحب الذخيرة وإذا سقط بيان القيمة عن المدعى سقط عن الشهود أيضاً بل أولى لانهم أبعد عن ممارسته قال رحمه الله (وان ادعى عقاراً ذكر حدوده) لأنه تعذر تعريفه بالإشارة تعذر نهله إلى مجلس الحكم فتعين التحديد اذ العقار يعرف به

الشهود اليها بالشهادة قال في شرح أدب القاضي يجب على المدعى وعلى الشهود الاعلام بأقصى ما يمكن وأقصى ما يمكن في الدار البلدية ثم المحلة التي فيها الدار في تلك البلدة ثم يبين حدود الدار لأن التعريف بأقصى ما يمكن وأقصى ما يمكن هذا وهو أن يبين أولاً الاسم العام وهو البلدة ثم يبين ما هو

الاخص منه وهو المحلة ثم يعرف بما هو أخص من المحلة وهو الحدود الاربعة ليحصل التعريف والاعلام بأقصى ما يمكن قال فإذا فعل ذلك وشهد الشهود على ذلك كله قبل القاضي وقضى به وقال الاستروشي في الفصل الثامن من فصوله ذكر الشيخ الامام الفقيه الحساكم أبو نصر أحمد بن محمد السمرقندي في شروطه اذا وقعت الدعوى في العقار لا بد من ذكر البلدة التي فيها الدار ثم من ذكر المحلة ثم من ذكر السكة فيبدأ الكاتب بذكر كورة ثم بذكر المحلة اختيار القول بمحمد بن الحسن فان المذهب عنده أن يبدأ بالاعم ثم ينزل من الاعم إلى الاخص وقال أبو زيد البغدادى يبدأ بالاحص ثم بالاعم فيقول دار في سكة كذا في محلة كذا في كورة كذا وقاسه على النسب حيث يقول فلان ثم يقول ابن فلان ثم بذكر الجدة فيبدأ بما هو أقرب ثم يترقى إلى ما هو الأبعد لكن ما قاله محمد بن الحسن أحسن لأن العام يعرف بالخاص ولا يعرف الخاص بالعام وفصل النسب حجة عليه لأن الاعم اسمه فان جعفر في الدنيا كثير فان عرف والاترقى إلى الاخص فيقول ابن محمد وهذا أخص فان عرف والاترقى إلى الجد إلى هنا لفظ الفصول وقال في هذا الفصل أيضاً في موضع آخر ذكر في الذخيرة اذا ادعى محدوداً في موضع كذا وبين الحدود ولم يبين أن المحدود ما هو كرم أو أرض أو دار وشهد الشهود كذلك هل تسمع وهل تصح الدعوى والشهادة حكى فتوى شمس الأئمة السرخسي أنه لا تصح الدعوى والشهادة وحكى فتوى شمس الاسلام الأوزجندی أن المدعى اذا بين المصر والمحلة والموضع والحدود تصح الدعوى ولا يوجب ترك بيان الحدود وجهالة في المدعى وكان ظهير الدين المرغيناني يكتب في جواب الفتوى لو سمع قاض هذه الدعوى تجوز وقيل ذكر المصر والقرية والمحلة ليس بالارزوم ذكر رشيد الدين أنه لا بد أن يكتب بأى قرية وبأى موضع لترفع الجهة إلى هنا لفظ الفصول اهـ اتقاني وكتب على قوله عقاراً ما نصه قال الاتقاني العقار بالفتح الارض والضياع والتخل

ومنه قولهم ماله دار ولا عقار كذا في الصحاح وقيل العقار اسم للعروة المبنية والضبعة اسم للعروة لا غير اه (قوله وان كان الرجل مشهورا يكتفى بذلك) كأي حنيفة ومحمد بن الحسن وابن أبي ليلى وأبي حفص الكبير البخاري اه (قوله في المتن وأنه يطاق به) يعني إذا كان المدعي ديناً لا عيناً لا يشترط فيه الاحضار الى مجلس القاضي كما يشترط في العين القائمة لان الاحضار إنما يشترط ثمة ليمتاز المدعي من غيره بالاشارة التي عند الدعوى والشهادة عند استخلاف المدعي عليه لان العين قد تشترط مع عين أخرى في الوصف والحلية فلا يقطع الشك ما لم تكن الاشارة اليها في الحضور والدين لا يمكن ان يعلما به باشارة اليه فلا يلزم احضاره بل اكتفى ببيان الجنس والقدر والوصف بخلاف ما اذا كانت العين مستهلكة حيث تقبل الشهادة عليه من غير اشارة لان الدعوى في قيمتها لم تكن من ذوات الامثال وفي مثلها ان كانت من ذوات الامثال والمثل والقيمة دين في الذمة والشهادة على الدين تقبل بلا اشارة اليها بل لا بد من بيان الجنس والقدر والوصف الى هذا اشار القدوري عند قوله ولا تقبل الدعوى حتى يذكروا ما علموا في نفسه وقدره لان ذلك يشمل العين والدين جميعاً ولكن ان كان نقلياً قائماً بعينه يشترط الاحضار وان كان عقاراً يجب التحديد بخلاف الدين فافهم اه اتفاقاً (٢٩٣) فروع في التمهيد لاداعي ديني في

التركة وقال كل التركة في يد هذا يخلف وحده بالله ما وصل اليه شيء من التركة ولا يعلم أن له ديناً على أبيه وقيل يخلف بعينين على الوصول على البتات وعلى الدين على العلم وبه قال عامة المشايخ وأجمعوا أن المدعي به ما قاما البينة بخلاف أنه ما استوفاه ولا برأه وان لم يدع الخصم ولا يعلم فيه خلاف اه قال الوفا على في أواخر الفصل الخامس من كتاب الدعوى رجل ادعى ديناً في التركة وأقام البينة فان القاضي يخلفه بالله ما استوفيته ولا شيئاً منه وهذا ليس في هذا الموضع خاصة بل في كل موضع يدعي حقاً في التركة وأثبتته بالبينة فله بخلاف

قال رحمه الله (وكفت ثلاثة) أي كفي ذلك ثلاثة من الحدود وقال زفر رحمه الله لا يكفي ولا بد من ذكر الحدود والاربعة لان التعريف لم يتم بذكر الثلاثة كما لا يتم بذكر الاثنين ولنا أن للاكثر حكم الكل بخلاف ما اذا غلط في الاربعة لانه يختلف به المدعي ولا كذلك تركها ونظيره اذا ادعى شراء شيء بثمن متقوذهان الشهادة تقبل وان سكتوا عن بيان جنس الثمن ولو ذكره وذلك واختلفوا فيه لم تقبل وكما يشترط ذكر الحد في الدعوى يشترط في الشهادة أيضاً لانه يصير معلوماً للقاضي قال رحمه الله (وأسماء أصحابها) أي ذكر أسماء أصحاب الحدود لان التعريف يحصل بذلك وذكر أنسابهم ليعتبروا عن غيرهم قال رحمه الله (ولا بد من ذكر الحدان لم يكن مشهوراً) أي لا بد من ذكر حد كل واحد من أصحاب الحدود ان لم يكن الرجل مشهوراً بين الناس وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله لان تمام التعريف يحصل به في الصحيح من مذهبه وقد ذكرناه غير مرة وان كان الرجل مشهوراً يكتفى بذلك كونه لحصول المقصود به قال رحمه الله (وأنه في يده) أي وذكر أن العقار في يده لان المدعي عليه لا يكون خصماً الا اذا كان العتقاري يده فلا بد من اثباته قال رحمه الله (ولا ثبت اليد في العقار بتصادقهما بل ببينة أو علم القاضي بخلاف المنقول) أي لا ثبت اليد فيه بتصادق المدعي والمدعي عليه أن العقار في يد المدعي عليه لان اليد فيه غير مشاهدة ولعل في يد غيره ما تواضعوا فيه ليكون له ما ذرعه الى أخذه بحكم الحاكم فلا بد من إقامة البينة فيه أو علم القاضي لتنتفي تهمته المواضعة بخلاف المنقول لان اليد فيه معانية فلا حاجة الى اشتراط الزيادة قال رحمه الله (وأنه يطاق به) أي ذكر للقاضي انه يطاق به بالشيء المدعى لان القاضي لا يعلم الا اذا ذكره عنه فبذلك أنه طالب بتبين له فلا بد من التنبه عليه لانه لو لم ينص على الطلب لحسب القاضي انه اعتمد كره على سبيل الحكاية فيزيل ذلك الوهم بالنص على الطلب ولان القاضي لا يجب عليه أن يجيبه لاحتمال ما ذكرنا الا اذا طلب لانه نصب لقطع الخصومات لالانشاء فاذا بين طلبه أجابه والا فلا احتمال أن يكون عنده برهن أو ودعة أو اجارة ونحو ذلك فلا يزول الاحتمال بدون طلبه ولهذا قالوا لا يجب في المنقول أن يقول هو في يده بغير حق قال رحمه الله (وان كان ديناً كروصنه وأنه يطاق به) لما ذكرنا ولا بد من بيانه على وجه لا يبق

من غير خصم أنه ما استوفى حقه وهو مثل حقوق الله تعالى من غير دعوى اه قال الامام الناصبي رحمه الله في أدب القضاء ما ملخصه رجل ادعى على ميت شيئاً أو أقام البينة على وارث واحد أو على الوصي فذلك جائز على جميع الورثة لان أحد الورثة خصم فيما يجب للميت وعليه بدليل انه لو أقام البينة على رجل لميت قبله دين فانه يقبل ويقضى بجميع الدين وبدليل أن له أن يرد بالعيب بعد الموت فاذا كان خصماً في الجميع قبلت بينته في ذلك وكذلك الوصي لان الوصي خصم عن الميت بدليل أنه يخاصم عنه ويرد بالعيب فهذه بينة أقامها خصم فوجب أن تقبل وان أقام البينة على غريم أو موصى له لم يقض بها ولا يكون الخصم عن الميت الا وارثاً أو وصيلاً ان الغريم ليس بخصم عن الميت بدليل أنه لا يرد بالعيب فاذا لم يكن خصماً فهذه بينة أقيمت من غير خصم فلا تقبل واذا كان الورثة صغاراً نصب لهم وصياً ويجوز اثبات الحق المدعى على الميت عليه لان القاضي يلي عليهم فصار كالاب والاب أن ينصب عليهم وصياً كذلك هذا ولا يلايه القاضي أبسط من ولاية الوصي وللوصي أن يقيم غيره مقامه كذلك للقاضي أن ينصب لهم وصياً ثم اذا دفع المال الى الغريم استخلفه القاضي بالله ما قبض هذا المال الذي ثبت له ولا شيئاً منه من فلان بن فلان ولا من أحد أداء اليه ولا قبض له قابض بأمره ولا برأه منه ولا عن شيء منه ولا حط

عنه من ذلك شيئا ولا احتمال به ولا بشئ منه على أحد ولا حال بذلك ولا بشئ منه على فلان الميت ولا أرث من بذلك ولا بشئ منه على فلان الميت فإذا حلف دفع إليه المال لأن الحلف يجب لتسليم المال فوجب أن يستكشفهم وكذلك السبيل فيما يدعى في يد الميت من ضيعة أو عقار اه قال قاضيان آخر كتاب (٣٩٤) الوصية قال أصحابنا إن الرجل إذا ادعى ديناً على الميت وأثبت به البينة فإن القاضي

يخلفه بالله ما استوفيت منه شيئا ولا أبرأته بخلفه على هذا الوجه نظر للميت والوارث الصغير وكل من يجز عن النظر بنفسه لنفسه اه فقله نظرا للميت الخ يفيد أن الخلف واجب والله الموفق اه (قوله والا يحصل للحالف الثواب) سبأ في عند قوله في المتن ولا يستخلف في نكاح الخ أن اليمين الصادقة فيها الثواب اه (قوله وقال أيضا إذا أقام المدعى الخ) قال الاتفاقى وعند الشافعى يقضى بين المدعى في موضعين وهو مذهب مالك وأحمد وأهل الجواز جميعا أحدهما إذا أبى المدعى عليه عن الحلف يخلف المدعى فان حلف يقضى عليه بما ادعى وإن أتى عن المنازعة والثانى إذا أقام المدعى شاهدا واحدا وليكن له شاهد آخر وحلف قضى له وعندنا لا يقضى بين المدعى أصلا في الفصل الاول يقضى بشكول المدعى عليه وفي الفصل الثانى يخلف المدعى عليه فان نكل يقضى به اه (قوله في المتن ولا يئنه لدى اليد في الملك المطلق) أراد بالملك المطلق

فيه خفاء وكذا في الشهادة وقد يئنه من قبل قال رحمه الله (فإن صححت الدعوى سأل المدعى عليه عنها) أى عن الدعوى لينكشف له وجه القضاء ثبت حقه لأن القضاء بالبينة يخالف القضاء بالقرار وهذا لأن الإقرار بجهة ملزمة بنفسه ولا يحتاج فيه إلى القضاء وإطلاق اسم القضاء فيه مجاز وانما هو أمر بالخروج عما رزقه بالقرار بخلاف البينة فانها ليست بحجة الا اذا اتصل بها القضاء فيسقط احتمال الكذب بالقضاء في حق العمل فيصير حجة يجب العمل به كسائر الحجج الشرعية قال رحمه الله (فإن أقر أو أنكر فبرهن المدعى قضى عليه) لوجود الحجة الملزمة للقضاء قال رحمه الله (والاحلف بطله) أى وإن لم يكن للمدعى بينة حلف المدعى عليه اذا طلب المدعى يمينه لأنه عليه الصلاة والسلام قال للمدعى ألك بينة قال لا فقال عليه الصلاة والسلام لك عينة فقال يخلف ولا يئنه فقال عليه الصلاة والسلام ليس لك الا هذا شاهدك أو يمينه فصار اليمين حقا لا ضافته اليه بلام التملك وانما صار حقه لأن المنكر قصد إثبات حقه على زعمه بالانكار فكيفه أشارع من أنواع نفسه باليمين الكاذبة وهي العجوس إن كان كاذبا كما يزعم وهو أعظم من أنواع المال والا يحصل للحالف الثواب بذكر اسم الله تعالى وهو صادق على وجه التعظيم قال رحمه الله (ولا تردعين على مدع) لقوله عليه الصلاة والسلام لو أعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم لكن اليمين على المدعى عليه وفاء مسلم وأحمد جعل جنس اليمين على المنكر لأن الالف واللام للاستغراق وليس وراءه شئ آخر حتى يكون على المدعى وتطيره قوله عليه الصلاة والسلام لا تئنه من قريش ولقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على من أنكر قسم بينهما والقسمه تنافى الشركة وفيه الالف واللام أيضا تدل على ما تقدم فيفيد استغراق البينة واليمين ولهذا لا تقبل بينة ذى اليد ولا يقال انما يصح الاستدلال بهذا الحديث على ما ذكرتم أن لو كان المنكر هو المدعى عليه والخارج هو المدعى وليس كذلك بل كل واحد منهما ممتنع ومنكر لانه يقول هو لى ويقول لصاحبه هو ليس لك لا نقول المعترف به المقصود ومقصود الخارج اثبات الملك لنفسه والتقى يدخل ضمنا وتبعاً ومقصود ذى اليد نفيه ولهذا يقول الخارج أول ما يطق هو لى ويقول ذى اليد ليس لك فالأول هو المعترف فسمى كل واحد منهما بأول ما يصدر منه مما اعتبارا المقصود دون الضمنى وقال الشافعى رحمه الله اذ لم يكن للمدعى بينة يخلف المدعى عليه فاذا نكل ترد اليمين على المدعى فان حلف قضى له وإن نكل لا يقضى له لأن الظاهر صار شاهدا للمدعى بشكوله فتعبر بيمينه كالمدعى عليه لما كان الظاهر شاهدا له اعتبر بيمينه وقال أيضا إذا أقام المدعى شاهدا واحدا وعجز عن الآخر يخلف المدعى ويقضى له ما روى أنه عليه الصلاة والسلام قضى بشاهد ويمين وروى أنه عليه الصلاة والسلام قضى باليمين مع الشاهد ولنا ما روىنا وما روىنا ضعيف رده يحيى بن معين فلا يعارض ما روىنا ولا يرويه ربيعة عن سهيل بن أبى صالح وأنكره سهيل فلا يبقى حجة بعد ما أنكره الراوى فضلا أن يكون معارضا للشاهدين ولانه يحتمل أن يكون معناه قضى نارة بشاهدين يعنى بيمينه وتارة يمين فلا دلالة فيه على الجمع بينهما وهذا كما يقال ركب زيد الفرس والبغل والمراد على التعاقب ولئن سلم انه يقتضى الجمع فليس فيه دلالة على أنه يمين المدعى بل يجوز أن يكون المراد به يمين المدعى عليه ونحن نقول به لأن الشاهد الواحد لا يعتبر فوجوده كعدمه فيرجع إلى يمين المنكر عملا بالمشاهير قال رحمه الله (ولا يئنه لدى اليد في الملك المطلق وبينه الخارج أحق) أى لا تقبل بينة ذى اليد في الملك

أن يدعى الملك من غير أن يدعى السبب بان يقول هذا ملكى ولم يقل هذا ملكى بسبب الشراء والأرث أو نحو ذلك وهذا المطلق لأن المطلق ما تعرض للذات دون الصفات لا بالتقى ولا بالاثبات وجهه قول الشافعى أن الخارج هو ذى اليد تساوى باليمين وانفرد ذى اليد باليد فكان أولى اه اتقانى وكتب ما نصه قال الاتفاقى ثم يستوى الجواب بين أن يكون الخارج مسلما أو ذميا أو مستأثرا أو عبدا أو حرا أو أمرا أو رجلا والمدعى قبله كذلك والمدعى به أى مال كان لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على من أنكر اه

المطلق لأن المطلق ما تعرض للذات دون الصفات لا بالتقى ولا بالاثبات وجهه قول الشافعى أن الخارج هو ذى اليد تساوى باليمين وانفرد ذى اليد باليد فكان أولى اه اتقانى وكتب ما نصه قال الاتفاقى ثم يستوى الجواب بين أن يكون الخارج مسلما أو ذميا أو مستأثرا أو عبدا أو حرا أو أمرا أو رجلا والمدعى قبله كذلك والمدعى به أى مال كان لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على من أنكر اه

(قوله وان اقاما بينة فبينه الخسارج أولى) قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه وقال زفر والشافعي بأن بينة ذي اليد أولى وقول مالك كقول الشافعي كذا في التفریع وقول أحدین محمد بن حنبل كقولنا كذا في (٢٩٥) الخرق اه اتقانی (قوله لان اليد

لا تدل على هذه الاشياء) أي كما لا تدل اليد على النتائج فكانت بينة ذي اليد أولى لانها قامت على غير ما دلت عليه اليد فبرجت باليد اه اتقانی (قوله في المتن وقضى له ان نكل) قال الامام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف قال علماؤنا رضى الله عنهم النكول حجة يقضى بها في باب الاموال اه (قوله ويجوز ان تكون اللام في قوله وقضى له بمعنى على) وعلى هذا فيكون الضمير البارز في قوله له والضمير المستتر في قوله نكل راجعين للمدعى وعلى الاول ضميره راجع للمدعى وضمير نكل راجع للمدعى عليه اه (قوله أو لاجل التورع عن البين) قال الاتقانی ولان النكول عن البين يحتمل التورع عن البين الصادقة والقرع عن البين الفاجرة والتورع لاشتباه الامر والهمم لا يصلح حجة اه (قوله كما فعل عثمان رضى الله عنه) أي حين ادعى عليه المقداد ما لا عند عمر رضى الله عنهم أجمعين اه (قوله ولنا جاع الصحابة رضى الله عنهم) قال الاتقانی ولنا جاع الصحابة على القضاء بالنكول فان شيخ الاسلام أبابكر المدعو

المطلق وان اقاما بينة فبينه الخسارج أولى وقال الشافعي رحمه الله بينة ذي اليد أولى من بينة الخسارج لنا كدها باليد فصار كما اذا اقاما البينة على النتائج أو على نكاح امرأة والمرأة في يد أحدهم ما فانه يكون أولى ولو ادعى أمة وادعى كل واحد منهم ما منها أمة دبرها وأعتقها أو أسقط ولدها أو أقاما بينة كان بينة صاحب اليد أولى ولنا أن البينات شرعت للاثبات لانها وان كانت في الحقيقة مبينة مظهرة لكنهما أخذت حكم الاثبات لما لا علم لنباه اذا الاحكام ثبتت بأسبابها فصارت كالعلل الشرعية فانها أمارات في حق الشارع وفي حقنا لحكم الاثبات ولهذا وجب الضمان على الشهود وعند الرجوع لان الحكم يحال الى شهادتهم ايجابا واذا كان كذلك كان بينته أكثر اثباتا لانه بينته يستحق على ذي اليد الملك الثابت بظاهر يده وذو اليد لا يستحق على الخسارج بينته شيئا لانه لا ملك للخسارج قبل القضاء بوجه ما وفدرا ما أثبتته بينة صاحب اليد كان ثابتا بظاهر يده الا ترى أن من رأى شيئا في يد انسان جازله أن يشهد بأنه له واذا تازعه أحد في الملك بغير بينة دفع القاضي عنه ولم تثبت بينته شيئا لم يكن وأما بينة الخسارج فانها أثبتت شيئا لم يكن ثابتا له فكانت أولى اذ البينات للاثبات بخلاف مسئلة النتائج فان بينة صاحب المدفوع متضمنة لدفع بينة الخسارج لانها تقوم على أولية الملك وأولية الملك لا تثبت الا أحدهم ما فاذا قدرنا شوبتها لصاحب اليد كانت بينته متضمنة لدفع بينة الخسارج فوجد التعارض بين البينتين فبرجت بينة صاحب اليد باليد وفي الملك المطلق لم يوجد التعارض لان بينة الخسارج لم تثبت الملك قبل القضاء حتى تعارضها بينة ذي اليد بالدفع والترجيح انما يكون عند التعارض ويتصور فيه أيضا أن يثبت الملك بهم ما على التعاقب فلم يكن في بينته ما يدفع بينة الخسارج فلا تقبل وبخلاف التدبير والاعتاق والاستيلاء لان اليد لا تدل على هذه الاشياء فكان كل واحد من البينتين مثبتا فتعارضتا فترجح بينة صاحب اليد باليد وبخلاف دعوى النكاح لانها دعوى سبب الملك أيضا فصارت كالنتائج في جميع ما ذكرنا وكلا من ادعى الملك المطلق لاني الملك بسبب لان فيه ذا اليد أولى بالاتفاق اذا كان سببا لا يتكرر في الملك على ما يحجى بيانه في موضعه ولا يقال انهم لم يذكروا سبب الملك بان ادعى كل واحد منهم ما منها امرأته ولم يذكروا سبب كان الحكم كذلك فبطل ما ذكرتم لانا نقول السبب فيه متعين اذ لا طريق لهذا الملك الا به فيكون دعوى الملك فيه دعوى للسبب ألا ترى أنهم مالوا خلتا في ولا شخص وأقاما البينة كانت بينة ذي اليد أولى لتعين سببه وهو العتق في ملكه ولا كذلك ما نحن فيه ولان الخسارج هو المدعى والبينة بينة المدعى بالنص على ما بينا وجهه من الاستعراق فلا تقبل بينة ذي اليد ما لم يكن مدعى بدعوى السبب قال رحمه الله (وقضى له ان نكل مرة بلا حلف أو سكت) أي قضى للمدعى ان نكل المدعى عليه مرة صريحاً بقوله لأحلف أو دلالة بسكوته ويجوز أن تكون اللام في قوله وقضى له بمعنى على أي قضى على المدعى عليه واللام تأتي بمعنى على قال الله تعالى ان أحسنتم أحسنتم لانفسكم وان أسأتم فلها أي فعلها وقال الشافعي رحمه الله لا يقضى بشكوكه بل ترد البين على المدعى اذا نكل المدعى عليه فان حلف يقضى له بالمال وان نكل انقطعت المنازعة بينهما لما روي عن علي رضى الله تعالى عنه انه حلف للمدعى بعد نكول المدعى عليه ولان البين انما وجبت في الابتداء على المنكر لكون الظاهر يشهد له فاذا نكل هو كان الظاهر شاهد المدعى فيحلف ولان النكول محتمل يحتمل أن يكون لاجل اشتباه الحال أو لاجل التورع عن البين الكاذبة أو لاجل الترفع عن الصادقة كما فعل عثمان رضى الله تعالى عنه فانه نكل عن البين وقال أخاف أن يوافق قضاة فيقال ان عثمان حلف كاذبا فلا يكون حجة مع الاحتمال فلا يقضى به ولنا جاع الصحابة رضى الله تعالى عنهم أجمعين وروى عن علي أيضا أنه وافق اجماعهم

بخواهر زاده قال في مبسوطه روى عن عمرو عثمان وعلي وعبد الله بن عمرو ابن عباس وأبي موسى الاشعري رضى الله عنهم أنهم قضوا بالنكول روى ذلك عنهم بالفاظ مختلفة ولم يرو عن أقرانهم خلاف ذلك فحل الاجماع اه

(قوله ولان النكول الخ) قال الاتقاني ولان النكول وهو الامتناع عن اليمين جعل بذلا على مذهب أبي حنيفة أو اقرارا على مذهب صاحبه فلو لا ذلك حلف المدعي عليه عملا بالواجب عليه وحيث لم يقدم على اليمين دل أنه بذل الحق أو اقرارا بذل أو اقرارا وجب على القاضي الحكم بذلك فكذلك اذا نكل ولا يقال كيف يعتبر النكول اقرارا وتكرار النكول بشرط دون الاقرار لانه يقول لا يعتبر التكرار شرط في النكول على ما ذكره محمد في الاصل ولان سلمنا أن التكرار شرط على ما ذكره المصنف فنقول لا يمنع أن يعتبر التكرار في النكول دون الاقرار مع تساويهما في الاستحقاق كالبينة مع الاقرار ولا يقال يقبل الرجوع عن النكول دون الاقرار لانه يقول يقبل الرجوع عن الاقرار أيضا في الحدود الواجبة لله تعالى فانه اذا أقر ثم (٢٩٦) رجع يقبل بخلاف الاقرار بحذف القذف والقصاص فان الرجوع عنه لا يصح

فانه روى عن شرح أن المنكر طلب منه رد اليمين على المدعي فقال ليس لك اليه سبيل وقضى بالنكول بين يدي على رضى الله عنه فقال له على رضى الله تعالى عنه قالون ومعناها بالرومية أصبحت وروى عن عمر رضى الله تعالى عنه أن امرأته ادعت عنده على زوجها أنه قال لها حبلت على غاربك خلف عمر الزوج بالله ما أردت طلاقا فشكل فقضى عليه بالفرقة وكذا روى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنه ما وهو مذهب أبي موسى الأشعري ولان النكول دل على كونه باذلا ومقرا ذلولا لذلك لأقدم على اليمين ادعاء للواجب ودفع للضرر عن نفسه فترجعت هذه الجهة على غيرهما من الترفع والتورع والاشتباه لان الظاهر أنه يأتي بالواجب فلا يرفع عن الصادقة والظاهر من حال المسلم أنه لا يكذب فلا يكون نكوله تورعا عن الكاذبة ظاهرا باعتبار حاله ولو كان لا يشتباه الحال لاستعمل حتى يكشف له الحال فعين أن يكون لاجل البذل ولا وجه لرد اليمين على المدعي لما روي أن اليمين على المنكر قال رحمه الله (وعرض اليمين ثلاثا ندبا) أي عرض القاضي اليمين على المدعي عليه ثلاث مرات وهو مستحب يقول له في كل مرة اني أعرض عليك اليمين فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه لعلك تعلم انه موضع خفاء لا اختلاف العلماء فيه لان الشافعي رحمه الله لا يراه فاذا كرر عليه الاذار والعرض ولم يحلف حكم عليه اذا علم أنه لا آفة به من طرش وخرس وعن أبي يوسف ومحمد رجعهما الله تعالى أن التكرار حتم حتى لو قضى القاضي بالنكول مرة لا ينفذ والصحيح أنه يتفقد والعرض ثلاثا مستحب وهو نظير امهال المرتد ثلاثة أيام فانه مستحب فكذلك اذا لم ينفذ في الاذار ولا بد أن يكون النكول في مجلس القاضي لان الاعتبارين قاطع للخصومة ولا معتبر باليمين عند غيره في حق الخصومة فلا يعتبر وهل يشترط القضاء على فور النكول فيه اختلاف ثم اذا حلف المدعي عليه فالمدعي على دعواه ولا يطل حقه بيمينه الا أنه ليس له أن يخاصمه ما لم يقيم البينة على وفق دعواه فان وجد بيته أقامها عليه وقضى له به وبعض القضاة من السلف كانوا لا يسمعون البينة بعد الحلف ويقولون يترجح جانب صدقه باليمين فلا تقبل بيته المدعي بعد ذلك كما يترجح جانب صدق المدعي بالبينة حتى لا يعتبر بين المنكر معها وهذا القول مهجور وغير مأخوذ به وليس بشيء أصلا لان عمر رضى الله تعالى عنه قبل البينة من المدعي بعد بين المنكر وكان شرح رحمه الله يقول اليمين الفاجرة أحق أن ترد من البينة العادلة وهل يظهر كذب المنكر بأقامة البينة والصواب أنه لا يظهر كذبه حتى لا يعاقب عقوبة شاهد الزور ولا يحتمل في عينه ان كان لفلان على فلان ألف فادعي عليه فأنكر خلف ثم أقام المدعي البينة ان له عليه ألفا وقيل عنه أبي يوسف يظهر كذبه وعنه محمد لا يظهر وفي النهاية لواصلها على أن المدعي لو حلف فالمدعي عليه ضامن للبال وحلف فالصلح باطل ولا شيء على المدعي عليه قال رحمه الله (ولا يستحلف في نكاح ورجعة وفي واستيلا دورق ونسب

انه ملحق حق العبد اه (قوله باذلا) أي حق المدعي عند أبي حنيفة اه (قوله أو مقرا) أي بحق المدعي عندهما اه (قوله لما روي أن اليمين على المنكر) بيانه أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل اليمين على المنكر أقدم العهد فن قال بردها على المدعي كان ذلك منه ردا لحكم الحديث وهو فاسد اه اتقاني (قوله حكم عليه اذا علم الخ) اعلم أن الروايات اختلفت فيما اذا سكنت المدعي عليه بعد عرض اليمين عليه ولم يقل أحلف فقال بعض أصحابنا اذا سكنت سأل القاضي عنه هل به خرس أو طرش فان قالوا لا جعله نا كذا وقضى عليه ومنهم من قال يجبس حتى يجيب والاول هو الصحيح كذا في شرح الاقطع والخرس آفة باللسان تمنع الكلام أصلا ويقال طرش يطرش طرشا من باب علم أي صار أطروشا وهو الاصم اه اتقاني

وكتب ما منه قال في خلاصة الفتاوى في الفصل السابع من كتاب القضاء ما منه وفي القضية رجل ادعى على آخر وولا ما لا فزمه السكوت فلم يجب أصلا يؤخذ منه كفيلا ثم يسأل جيرانه عسى به آفة في لسانه أو سمعه فان أخبروا أنه لا آفة به يحضر مجلس الحكم فان سكنت ولم يجب يزل منزلة منكره قال الامام السرخسي هذا قولهما ما عند أبي يوسف فيجب حتى يجيب اه (قوله وعند محمد رجعه الله لا يظهر) قال في الدراية والفتوى في دعوى الدين ان ادعاه من غير سبب خلف ثم أقام بيته يظهر كذبه وان ادعى الدين بسبب وحلف ثم أقام المدعي بيته على السبب لا يظهر كذبه لجواز أنه وجد القرض ثم وجد البراءة والايفاء كذا في الفصول اه (قوله في المتن ولا يستحلف الى قوله وولا) قال صدر الشريعة اعلم ان في هذه الصور لا يستحلف عند أبي حنيفة وعندهما يستحلف وصورتها

ادعى الرجل النكاح وأنكرت المرأة أو بالعكس أو ادعى الرجل بقاء الطلاق وانقضاء العدة الرجعة في العدة وأنكرت المرأة أو بالعكس أو ادعى الرجل بعد انقضاء مدة الإيلاء التي في المدة وأنكرت المرأة (٢٩٧) أو بالعكس أو ادعى الرجل على مجهول

النسب أنه عبده أو ولده

وأنكر المجهول أو بالعكس

أو اختصما في ولاء العتاقة

أو ولاء المولاة على هذا

الوجه أو ادعت الأمة على

مولاه أنها أولدت مملوكا

أو ادعاهما وقدمات الولد

ولا يجزى في هذه المسئلة

العكس لأن المولى إذا ادعى

ذلك تصير أم ولد باقراره ولا

اعتبار بانكار الأمه اه

(قوله في المتن وحدولعان)

كإذا ادعى على آخر أنك

قد فتى بالزنا وعليك الحد

لا يستخلف بالاجماع وكذا

إذا ادعت المرأة على الزوج

أنك قد فتى بالزنا وعليك

اللعان اه صدر الشريعة

سيأتي عند قوله في المتن

ويستخلف السارق الخ

حاشية نافعة هنا فراجعها

والله الموفق (قوله قال

القاضي الامام نضر الدين)

المراد به قاضيخان كذا في

شرح الجمع وغيرهما اه

(قوله يستخلف المنكر في

الاشياء الستة) النسب

والاستيلاء شئ واحد فلذا

قال في الاشياء الستة اه

لكن الشارح بعد قوله في

الشرح ومعنى البذل الخ

قال بخلاف الاشياء السبعة

(قوله ولا يجوز بذله) إذا البذل

انما يكون في الاعيان اه

وولاه وحدولعان وقال القاضي الامام نضر الدين) رحمه الله تعالى (الفتوى على أنه يستخلف المنكر في الاشياء الستة) يعني في هذه الاشياء التي عدّها سوى الحد واللعان وهو قولهما والاول قول أبي حنيفة رحمه الله لهما أن هذه حقوق تثبت مع الشبهات فيجوز فيها الاستخلاف كالاموال بخلاف الحدود واللعان وهذا لان فائدة الخلف ظهور الحق بالنسكول والنسكول اقرار لان اليمين واجب فتركه دليل على أنه باذل أو مقتر ولا يمكن أن يجعل باذلا لانه يجوز من لا يجوز البذل منه كالمكاتب والعبد المأذون له في التجارة وكذا يجوز في الدين ولا يجوز بذله ويجب على القاضي أن يقضى بالنسكول ويصح إيجابه في الذمة ابتداء ولو كان بذلا لم يصح ولا وجب وكذا يجب القصاص به فيما دون النفس ويصح في الشائع فيما يقسم ولو كان بذلا لم يصح ولا وجب فتعين أن يكون مقترًا والاقرار يجزى في هذه الاشياء لكنه اقرار فيه شبهة البذل فلا يثبت به ما يسقط بالشبهات كالحدود واللعان ألا ترى أنها لا تثبت بالشهادة على الشهادة ولا بكتاب القاضي إلى القاضي ولا بشهادة النساء مع الرجال ما فيها من الشبهات وهذا لان تكوله يدل على أنه كاذب في الانكار ولو لا ذلك لما نكل لان اليمين صادقة فيها الثواب بذكر الله تعالى على وجه التعظيم وصيانة ماله وعرضه بدفع تهمة الكذب عن نفسه والعاقيل يعمل الى مثل هذه واليمين الكاذبة قيمها هلاك النفس فالظاهر أنه أعرض عنها مخافة الهلاك ومخالفة أهواه وشغ نفسه وإيثار الرجوع الى الحق اذ هو أول من التماسه على الباطل قال الله تعالى ومن يوق شح نفسه فأولئك هم المفلحون فيكون اقرارا ضروري ولا يحنيفة رحمه الله أنه بذل وإباحة وهذا الحقوق لا يجزى فيها البذل والإباحة فلا يقضى بها بالنسكول كلقصاص في النفس والحدود واللعان وفي جله على البذل صيانة عرضه عن الكذب فكان أولى ولهذا لا يجوز في مجلس القاضي وقضائه ولو كان اقرارا لحازم مطلقا بدون القضاء وكذا لو كفل رجل لرجل عما يقر له به فلان فادعى المكفول له على فلان دينًا فاستخلفه فنكل لا يجب على المكفيل شئ ولو كان اقرارا لوجب عليه وكذا لو اشترى نصف عبد ثم اشترى نصفه الباقي فوجده عيبا فخاصمه في النصف الاول فاستخلفه فنكل فقتضى عليه بالرد ثم أراد أن يرد النصف الآخر محتاجا الى خصومة واستخلاف جديدا أنكر ولو كان اقرارا لما استخلف ما يبايل كان يلزمه كله بالنسكول الاول ولا نسلم أن اليمين واجبة مع البذل فلا يكون تاركه واجبا به وهذا لان اليمين تجب عليه إذا طلب تخليفه لثنتي به الخصومة ومع البذل لا خصومة ولا طلب فلا تجب وانما جاز من المكاتب والعبد والصبي المأذون لهما لان فيه ضرورة فيدخل تحت الاذن في التجارة كما تدخل الضيافة والسيرة والهدية والسيرة للضرورة اذ لا بد للتجار من ذلك وانما جاز في الدين بناء على دعوى المدعي ومعنى البذل ترك المنع وترك المنع جائز في المال لان أمر المال هين بخلاف الاشياء السبعة وانما وجب على القاضي أن يقضى بالنسكول بحكم الشرع لما أن المدعي كان له الشئ المدعى ظاهرا وأبطله المنكر بالتزاع والشرع أبطل نزاعه الى اليمين فاذا امتنع اليمين عاد الاصل بحكم الشرع وانما صح إيجابه في الذمة ابتداء بناء على زعم المدعي انه محق وأن معنى البذل ترك المنع ولئن كان بذلا حقيقة فالمال يجب فيه في الذمة ابتداء كالكفالة والحالة وانما وجب القصاص به فيما دون النفس لان ما دون النفس يسلك به مسلك الاموال فيجوز بذله إذا كان مفيدا ألا ترى أنه يجوز له قطع يده المتأكلة لفائدة فكذا يجوز بذله لدفع اليمين عن نفسه وأي فائدة أعظم منه ولهذا نكل عثمان رضي الله عنه عن الصادق على ما ينافقها هو الجواب عن قولهم في اليمين صيانة ماله وعرضه الى آخره وانما يجوز في مشاع يحتمل القسمة لانه ليس ببذل صريح وانما صار

(٣٨ - زيلعي رابع) (قوله ولا يحنيفة أنه) أي النسكول اه (قوله فلا يقضى فيها) الذي بخط الشارح فلا يقضى بها بالنسكول

اه (قوله وانما جاز) هذا جواب عن سؤال مقدر تقدير لو كان بذلا لما ملكه المكاتب وأخوه لان فيه معنى التبرع وهم لا يملكونه

فأجاب بما ذكر من أنه من ضرورة التجارة اه (قوله عن قولهم) كذا بخط الشارح وصوابه عن قولهما اه

(قوله والمولى) لان المولى لو ادعى الاستيلاء ثبت باقراره ولا يلتفت الى انكارها اه (قوله واختار نحر الاسلام على البرزوى قوله ما للفتوى) قال السكاكي وفي جامع قاضيان والواقعات والفصول الفتوى على قولهما اه (قوله على ما ذكره في المختصر) لم يذكر فيه البرزوى وانما ذكر القاضى الامام نحر الدين ومراده قاضيان فانه ذكر ذلك في شرح الجامع اه وكتب على قوله المختصر هو من الكنز اه (قوله فادعى العبد انه قد زنى الخ) ينبغي ان يقول العبد في دعواه انه قد اتى ما علق عليه عتقى ولا يقول انه قد زنى كيلا يصير قاذفا مولاه اه (قوله ثم اذا لم يخلف المنكر في النسب الخ) قال في الهداية وانما يستخلف في النسب المجرد عندهم ما اذا كان ثبت باقراره قال الانصاف يعنى ثبت الاستخلاف عند أبي يوسف ومحمد في النسب المجرد بدون دعوى حق آخر ولكن يشترط أن ثبت النسب باقرار المقر أما اذا كان بحيث لا يثبت النسب باقرار المقر فلا يجزى الاستخلاف في النسب المجرد عندهم ما أيضا بيانه أن اقرار الرجل يصح بخمسة بالوالدين والولد والزوجة والمولى لانه اقرار بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير ولا يصح اقراره بمناسواهم ويصح اقرار المرأة بأربعة بالوالدين والزوج والمولى ولا يصح بالولد ومن سوى هؤلاء لان فيه تحميل النسب على الغير الا اذا صدقها الزوج في اقرارها بالولد أو تشبه بولد الولد (٢٩٨) قابلة قال شيخ الاسلام المعروف بخوارزاده في مبسوطه في باب الاستخلاف

في الادعاء الاصل في هذا
بذلك في المعنى على معنى أنه ترك منع وان المدعى يأخذ منه محققا فلا يمنع بالشروع ثم الدعوى في هذه
المسائل تصور من أحد الخصمين أيهما كان الا الحد واللعان والاستيلاء فانه لا يتصور أن يكون المدعى
فيها الا المفسد والمولى واختار نحر الاسلام على البرزوى قوله ما للفتوى على ما ذكره في المختصر
واختيار المتأخرين من مشايخنا على أن القاضي ينظر في حال المدعى عليه فان رآه متعنتا بخلافه أخذ
بقولهما وان رآه مظلوما لا يخلفه أخذ بقول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه وهو نظير ما اختاره شمس
الائمة في التوكيد بالخصومة بغير رضا الخصم ان رأى من الخصم التعنت وقصد الاضرار بالآخر قبل
بغير رضاه والافلا وذكر الصدر الشهيدي رحمه الله أن الحدود لا يستخلف فيها بالاجماع الا اذا تضمن حقا
بأن علق عتق عبده بالزنا وقال ان زنت فانت حرة فادعى العبد انه قد زنى ولا يثبت له عليه يستخلف المولى
حتى اذا نكل ثبت العتق دون الزنا ثم اذا لم يخلف المنكر في النسب عنده هل تقبل بينة المدعى ينظر فان
كان نسبا يثبت بالاقرار تقبل بينته وذلك مثل الولد والوالدان لم يثبت باقراره لا تقبل بينته مثل الجد
ولد الولد والاعمام والاخوة وأولادهم لان فيه حمل النسب على الغير بخلاف دعوى المولى الاعلى
أو الاسفل حيث تقبل وان ادعى أنه معتق جسده ونحو ذلك والفرق بينهم ان النسب لا يثبت فيهم
الا بواسطة فيكون فيه تحميل على الواسطة أما الولد فلا يثبت بواسطة بل يجعل في الحكم كأنه هو المعتق
ولهذا لا يرث النساء الولاء ولو كان بواسطة ثبت لهن وكذا يكون الولد الكبير ولو كان بطريق الارث لما
كان له كافي المال وكذا لو اعتق عبد ثم مات المولى عن ابنين ثم مات الابن أحدهما عن ابن واحد
والآخر عن عشرة ثم مات المعتق فان ماله يقسم بينهم على أحد عشر سهم ما يجعل كأنهم أعتقوه ولو كان
بطريق الارث لكان لابن الواحد النصف وللعشرة النصف نصيب أيهم وعندهما يثبت بالنكول اذا

الاسباب أن المدعى قبله
النسب اذا أنكر هل
يستخلف ان كان بحيث
لو أقر به لا يصح اقراره عليه
فانه لا يستخلف عندهم
جميعا لان اليمين لا يفيد
فان فائدة اليمين النكول
حتى يجعل النكول بذلا
أو اقرارا فيقتضى عليه
فاذا كان لا يقتضى عليه لو
أقر فانه لا يستخلف عندهم
جميعا وان كان المدعى
قبله بحيث لو أقر به لزمه
ما أقرب به فاذا أنكر هل
يستخلف على ذلك فالمسئلة
على الاختلاف عند أبي
حنيفة لا يستخلف وعند
أبي يوسف ومحمد يستخلف

فان حلف برئ عن الدعوى وان نكل عن اليمين لزمه الدعوى فعلى هذا الاصل يخرج مسائل الباب الى
هنا لفظ خوارزاده وقال أيضا ثم جميع ما ذكرنا أنه لا عين في النسب اذا وقع الدعوى في مجرد النسب فاما اذا وقع في النسب والميراث
والنفقة وأنكر المدعى قبله فانه يستخلف عند أبي حنيفة للمال لا للنسب يستخلف بالله ماله في ذلك المال الذي يدعى حق وعندهما
يستخلف للنسب والمال جميعا وهذا لان الدعوى وقع في النسب والمال جميعا والمال عما يجزى فيه الاستخلاف عندهم جميعا
فيستخلف للمال وان كان لا يستخلف للنسب عند أبي حنيفة وكان الجواب فيه عند أبي حنيفة كالجواب في السرقة عند الكل اذا
أنكر السارق فانه يستخلف للمال بالله ماله قبل ضمان هذا المال وان كان لا يستخلف للقطع لان الدعوى وقع في الحد والمال جميعا
فيستخلف للمال وان كان لا يستخلف للقطع فكذلك هذا اه (قوله وكذا يكون الولد الكبير) قال في المصباح والولد الكبير بالضم
أي من هو أقدم بالنسب وأقرب اه وفي المغرب وقولهم الولد الكبير أي لا كبيرا ولاد المعتق والمراد أقربهم نسباً إلا أكبرهم سناً
يقال هو كبير القوم أي أقدمهم في النسب وأقربهم إلى الجد الأكبر وفي الحديث وهو أن يموت الرجل ويترك ابناً وابن ابناً فلولد الابن
دون ابن الابن اه

(قوله في المتن ويستخلف السارق الخ) هذه من مسائل الجامع الصغير في كتاب القضاء وصورته فيه محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنه قال لا عين في حد إلا (١) لو ادعى على رجل سرقة استخلفه فان أتي أن يحلف ضمنه السرقة قال القدوري في شرح كتاب الاستخلاف قال أبو حنيفة رضي الله عنه لا يستخلف في شيء من الحدود ولا في الزنا ولا في السرقة ولا القذف ولا شرب الخمر ولا السكر إلا أن طالب المسموق منه بضمن المال استخلفه فان نكل عن اليمين ضمنه المال ولم يقطعه وذلك لأن الدعوى تتضمن أمرين الضمان والقطع والضمنان يستوفى بالنكول فوجب إثبات أحدهما واسقاط الآخر وأصل ذلك ما قالوا في شروح الجامع الصغير أن الاستخلاف شرع للنكول والنكول إما بذل أو إقرار فيه شبهة وكل ذلك لا يصلح حجة في الحدود ولأن الاستخلاف لاستخراج الحقوق على وجه المبالغة والحدود يحتمل لدفعها فلا يشكاف لاستخراجها فلا يشترع اليمين فيها إلا في السرقة لأن المقصود هو المال فيستخلف فيها ويقضى بالمال عند النكول كناية قضى بها شهادة رجل وامرأتين في المال دون القطع اه اتقاني (قوله في المتن والزواج اذا ادعت المرأة طلاقا قبل الوطء) قال صدر الشريعة لأنه بخلاف في الطلاق اجماعا اه (قوله في المتن فان نكل ضمن نصف المهر) أي في قولهم جميعا وهذه من مسائل الجامع الصغير كرها فيه في كتاب القضاء وذلك لأن المقصود من (٢٩٩) هذه الدعوى هو المال وهو نصف المهر لا الزوج والاستخلاف

يجرى في المال اه غاية (قوله وكذا في النكاح اذا ادعت الصداق) يعني اذا كان مع النكاح دعوى المال يجري الاستخلاف بالاتفاق لأن المقصود هو المال ثم بالنكول يثبت المال ولا يثبت النكاح لأن البذل يجري في الأول دون الثاني اه اتقاني (قوله وكذا يستخلف في النسب الخ) يعني اذا ادعى في النسب حقا آخر سوى النسب كالمسائل المذكورة يستخلف بالاتفاق وان كان لا يستخلف عند أبي حنيفة في دعوى النسب المجرد اه

كان نسباً يثبت بأقراره ولا فلا قال رحمه الله (ويستخلف السارق فان نكل ضمن ولم يقطع) لأن موجب فعله شيء أن الضمان وهو يجب مع الشبهة فيجب بالنكول والقطع وهو لا يجب مع الشبهة فلا يجب بالنكول فصارت نظير ما اذا ثبتت السرقة بشهادة رجل وامرأتين أو بالشهادة على الشهادة أو بكتاب القاضي إلى القاضي فان ضمن المال يجب به دون القطع ويقول في الاستخلاف بالله ماله عليه هذا المال وعن محمد رحمه الله أن القاضي يقول للذي ماذا تريد فان قال أريد القطع قال له إن الحدود لا يستخلف فيها فليس لليمينه فان قال أريد المال قال له دع دعوى السرقة وادع المال قال رحمه الله (والزوج اذا ادعت المرأة طلاقا قبل الوطء فان نكل ضمن نصف المهر) أي يستخلف الزوج اذا ادعت المرأة ذلك وهذا بالإجماع لأن الاستخلاف يجري في المال بالاتفاق لاسيما اذا كان المقصود هو المال وكذا في النكاح اذا ادعت الصداق أو النفقة لأنه دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح وكذا يستخلف في النسب اذا ادعى حقا كالارث والخمر والنفقة والعتي بسبب الملك وامتناع الرجوع في الهبة فان نكل ثبت الحق ولا يثبت النسب ان كان نسباً لا يصح الاقرار به وان كان يصح الاقرار به فعلى الخلاف الذي ذكرنا قال رحمه الله (وجاحد القود فان نكل في النفس حبس حتى يقر أو يحلف وفيما دونه يقتصر) أي يستخلف جاحداً القصاص فان نكل في النفس حبس حتى يحلف أو يقر ولا يقتصر منه وفيما دون النفس يقتصر منه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يجب عليه الارش فيه إلا بالنكول إقرار فيه شبهة عندهما لأن في امتناعه عن اليمين احتمال لا يحتمل لأجل الترفع على ما سافلا فيجب به العقوبة كالحدود فاذا امتنع وجوب القصاص يجب عليه الارش بخلاف ما اذا أقام على ذلك رجلاً وامرأتين حيث لا يقضى فيه شيء وكذا بالشهادة على الشهادة لا يقضى بشيء لأن

اتقاني (قوله كالارث) بان ادعى على شخص أنه أخوه لآبيه وان أباهما مات وترك مالا في يد المدعي عليه فانه يستخلف على النسب بالاتفاق فان حلف برئ وان نكل يقضى بالمال دون النسب اه (قوله والخمر) بان التقط رجل صبياً لا يعبر عن نفسه فادعت امرأة أنه أخوها تريد قصراً للملئق وأخذته بالحضانة وأنكر الملئق ذلك فان نكل ثبت لها حق نقل الصبي إلى حجرها ولا يثبت النسب اه (قوله والنفقة) أي اذا قال المدعي وهو زمن أنه أخو المدعي عليه فافرض في النفقة وأنكر المدعي عليه أن يكون هذا أخاه فانه يستخلف على النسب فان حلف برئ وان نكل يقضى بالنفقة دون النسب اه (قوله وامتناع الرجوع في الهبة) صورته ما اذا أراد الوهاب الرجوع في الهبة فقال الموهوب له أنا أخوك فانكر الوهاب فانه يستخلف فان نكل ثبت الامتناع ولم تثبت الاخوة اه اتقاني (قوله في المتن وجاحد القود) قال الاتقاني وهذا في دعوى القتل على واحد من غير أهل الحلة وفيه يبرأ باليمين الواحدة ولا يجب شيء آخر بعد ذلك فاما اذا كان دعوى القتل على أهل الحلة أو على بعضهم ففيه القسامة والدية جميعاً وسيجيء في باب القسامة من كتاب الديات عام البيان ثم اعلم أنه اذا ادعى القصاص في النفس أو في الطرف يخلف بالاتفاق فان حلف برئ وان نكل يقتصر في الطرف ولا يقضى بشيء في النفس ولكن يجب حتى يقر أو يحلف أو يموت جوعاً وعندهما يقضى بالمال في النفس والطرف جميعاً اه (قوله يستخلف جاحداً القصاص) أي بالاجماع اه

(قوله ولا يجب على القاطع الضمان اذا قطعها بامر) أى لأنه لا يباح لعدم الفائدة يغنى اذا قطع يدمن قال اقطع يدى لا يجب الضمان ولكن لا يباح القطع لعدم الفائدة كما اذا قال لغيره اخرج ثوبى أو أنف الى لا يباح له لعدم الفائدة اه اتقانى (قوله فى المتن وقيل لخصه أعطه كفيلا بنفسك ثلاثة أيام) (٣٠٠) أى اذا كان المطلوب من أهل المصر وهذا هو مراد المصنف رحمه الله يدل عليه

قوله بعد ولو كان غريبا الخ
 اه (قوله وفيه) أى فى
 اعطاء التكفيل نظر للمدعى
 وهذا هو وجه الاستحسان
 اه (قوله ولا فرق فى الظاهر)
 أى فى ظاهر الرواية اه
 (قوله والخطير) لان اعطاء
 التكفيل لما كان مستحقا
 عليه لا يقع الفرق بينهما
 اذا كان معروفا أو لم يكن
 أو كان المال خطيرا أو حقيرا
 كاليمين اه اتقانى (قوله
 فى المتن فان أبى لازمه) قال
 فى الفتاوى انصغرى فى
 مسائل العدوى المدعى اذا
 طلب من القاضى أن يأخذ
 من المدعى عليه كفيلا
 وأبى المدعى عليه اعطاء
 التكفيل فالقاضى يأمر
 المدعى بملازمته ثم قال
 وتفسر باللازمة (١)
 (قوله فى المتن ولو كان غريبا
 الخ) قال الاتقانى وأما اذا
 كان المطلوب غريبا لا يجبر
 على اعطاء التكفيل ولكن
 ان أعطى كفيلا بنفسه
 مختارا يقبل ذلك منه وان
 لم يعط لا يجبر على ذلك وذلك
 لان التكفيل ينعمة من
 السفر والذهاب **﴿فرع﴾**
 ذكر فى الواقعات الحسامية
 فى كتاب أدب القاضى فى
 الباب المعلم بعلامة الواو

القصاص سقط فيه لمعنى من جهة من له فلا يجب شيء وفى النكول لمعنى من جهة من عليه فيصار الى الارش ونظيره اذا أقر بالقتل خطأ والى يدعى العمد تجب الدية وبالعكس لا يجب شيء بخلاف الضمان فى السرقة حيث يجب بشهادة رجل وامرأتين وأمثاله كما يجب بالنكول لان المال فيه أصل ثم يتعدى الى الحد فاذا قصر يبقى الأصل على حاله وهنا الأصل القصاص ثم يتعدى الى المال اذا وجد شرطه ولا يى حنيفة رضى الله تعالى عنه أن الأطراف يسلك بها مسلك الاموال حتى أبيع قطعها للحاجة ولا يجب على القاطع الضمان اذا قطعها بأمره بخلاف النفس فانه لو قتله بأمره يجب عليه القصاص فى رواية والدية فى أخرى فاذا سلك بها مسلك الاموال يجزى فيها البذل كالاموال لأنه لا يجوز قطعها بفائدة وهذا البذل مفيد لقطع الخصومة فصار كقطع البذل كالة وقلع السن الوجع واذا امتنع القصاص فى النفس واليمين حق مستحق عليه يجبس فيه كفى القسامة قال رحمه الله (ولو قال المدعى لى بينة حاضرة وطلب اليمن لم يستخلف) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله يستخلف ويحمد مع أبى حنيفة فى رواية ومع أبى يوسف فى أخرى وهذا الخلاف فيما اذا كانت حاضرة فى المصر وان كانت خارج المصر يحلف بالاجماع وان كانت فى مجلس الحكم لا يحلف بالاجماع لأبى يوسف رحمه الله أن اليمين حقه بالحديث الذى روينا وله غرض صحيح فى الاستخلاف وهو أن يدفع به مؤنة المسافة ويتوصل الى حقه فى الحال باقراره أو نكوله وفى البينة احتمال فعلها لا تقبل فيجيبه اذا طلبه كما اذا كانت خارج المصر ولا يى حنيفة رحمه الله أن ثبوت الحق فى اليمين مرتب على الحجز عن اقامة البينة على ما روينا فلا يكون حقه دونه كما اذا كانت البينة حاضرة فى المجلس بخلاف ما اذا كانت خارج المصر لانه قد يتعذر عليه الجمع بين خصمه وشهوده فيكون عاجزا ولان فى استخلافه مع حضور الشهود شك المسلم اذا أقام البينة بعد ما حلف فيجب أن يتوقاه قال رحمه الله (وقيل لخصه أعطه كفيلا بنفسك ثلاثة أيام) كذا يضيع حقه بتغيبه نفسه وفيه نظر للمدعى وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه لان الحضور واجب عليه اذا طلبه لما توافقت حتى يعدى عليه ويشخص الى القاضى ويحال بينه وبين أشغاله فيصح التكفيل باحضاره بمجرد الدعوى كاستخلافه بمجرد الدعوى ويجب أن يكون التكفيل ثقة معروفا بين الناس لا يتوهم اختفاؤه حتى يحصل به فائدة التكفيل وهذا استحسان والقياس أن لا يلزم التكفيل لان الحق لم يجب عليه بعد بخلاف ما بعد اقامة البينة والتقدير بثلاثة أيام مروي عن أبى حنيفة رحمه الله وهو الصحيح وعن أبى يوسف رحمه الله أنه مقدرا بما بين مجلسي القاضى حتى اذا كان يجلس فى كل يوم يكفل الى اليوم الثانى وان كان يجلس فى كل عشرة أيام يوما يكفل الى عشرة أيام ولا فرق فى الظاهر بين الوجيه والخامل وبين الحقير من المال والخطير وعن محمد رحمه الله أنه ان كان معروفا والظاهر من حاله أنه لا يخفى نفسه بذلك القدر من المال لا يجبر على اعطاء التكفيل وكذا لو كان المدعى حقيرا لا يخفى الانسان نفسه لاجله لا يجبر على التكفيل لكن اذا أعطى هو باختياره يؤخذ منه وهذا اذا قال لى بينة حاضرة وان قال ليس لى بينة أو شهودى غيب لا يؤخذ منه كفيلا لعدم الفائدة فى التكفيل لان الغائب كالهالك من وجه وليس كل غائب آتيا ويمكنه الاستخلاف فى الحال فلا معنى للاشتغال بالتكفيل قال رحمه الله (فان أبى لازمه) أى دارمه (حيث سار) أى ان أبى أن يكفل لا يجبره القاضى على التكفيل بل يأمره بملازمته بمقدار مدة التكفيل على القولين حتى لا يغيب قال رحمه الله (ولو) كان (غريبا لازمه مقدار مجلس القاضى) أى الى

اذا شك الرجل فيما يدعى عليه ينبغي أن يرضى خصمه بشيء ويصالحه ولا يجعل باليمين احترازا عن الوقوع فى الحرام أن وهو اليمين الكتابية وان أبى الخصم الآن يحلفه فان كان أكبر رأيه أنه ليس على الحق وسعه ذلك وندكرهنا بهذا من مسائل ذكرها

(١) هكذا فى الأصل وكتب فيه التامخ هنالم يكتب

الخصاف في أو آخر كتاب الحيل ان قال كل امرأه الى طالق ونوى كل امرأه تزوجها باليمين أو بالله ندأ أو بالسند أو في بلد من البلدان له نيته في ذلك ولا يحنث وقال ان ابتدأ اليمين بالله يحنث ويقول هو الله ويدغم ذلك حتى لا يفهم المستحلف فان قال المستحلف انما أحلفك بما أريد وقل أنت نعم كلما وقعت أنا كيف يحنث في ذلك وقد كتب اليمين في كتاب ويريد أن يستحلفه بالله والطلاق والعقاق والنسي وصدقة ما علك قال نعم وينوي بنعم من النعم أي من الانعام فاذا أجابه بنعم ينوي نعمان الانعام لم يكن عليه شيء وكذلك ان قال نسألك طوالت ونوى نسأله العور أو العيمان أو العرجان أو المماليك أو اليهوديات أو النصرانيات ويقصد الى صفة من تلك الصفات التي ذكرناها وكذلك المماليك وجميع ما علك من نوع من تلك الانواع التي ذكرناها يقصد بنية الى ما شرحت لك فيكون له نيته ولا يحنث وقال ان كان يستحلف على فعل مضى وأراد أن يحنث له أنه لم يفعل كذا وكذا أو حضر المملوك قال يضع رأسه على رأس المملوك وظهره ويقول هذا عني ظهره حر ان كان فعل كذا وكذا ولا يعتق المملوك وان حلف بعق المملوك أنه لم يفعل كذا يعني لم أفعل ذلك الشيء بمكة أو في المسجد الحرام أو في مسجد الرسول صلى الله عليه وسلم أو في بلد من البلدان وينوي ذلك (٣٠١) فلا يحنث ان كان مرفعل ذلك الشيء

في غير ذلك الموضع الذي نوى وقصد وان حلف بطلاق امرأته قال يقول امرأتي طالق ثلاثا وينوي علامن الاعمال مثل الخبز والغسل أو طالق من وثاق وينوي بقوله ثلاثا ثلاثة أيام أو ثلاثة أشهر أو ثلاث جمع فلا يكون عليه في ذلك حنث قال قلت أ رأيت سلطانا بلغه عن رجل كلام فأراد أن يحلف الرجل على ذلك الكلام الذي بلغه فما الوجه فيه قال الوجه فيه أن يقول الرجل الذي استحلف ما الذي بلغك عني فاذا قال بلغني عنك انك قلت كذا وكذا وحكي الكلام فان شاء حلف له بالعقاق والطلاق أنه ما قال هذا الكلام الذي حكاها هذا

أن يقوم من مجلسه لأنه يلحقه الضرر بالزيادة على ذلك فلا يرد عليه ولا ضرر في هذا القدر ظاهرا وكذا اذا أخذ منه كفيلا لا يؤخذ منه الا مقدار مجلس الحياكم لما ذكرنا وله أن يطلب التوكيل بخصوصه حتى لو غاب الاصيل بقيم البينة على التوكيل فيقضى عليه وان أعطاه وكفلا فله أن يطلب بالكفيل بنفس التوكيل وان أعطاه كفلا بنفس التوكيل فله أن يطلبه بالكفيل بنفس الاصيل ان كان المدعي ديتالان الدين يستوفي من ذمة الاصيل دون التوكيل ولو أخذ كفلا بالمال فله أن يطلب بكفيل بنفس الاصيل لان المقصود الاستيفاء وقد يكون من الاصيل أيسر وان كان المدعي منقولا فله أن يطلبه مع ذلك كفلا بالعين ليحضرها ولا يغيب المدعي عليه وان كان المدعي عقارا لا يحتاج الى ذلك لانه لا يقبل التغيب قال رحمه الله (واليمين بالله تعالى لا بطلاق وعقاق الا اذا ألح الخصم) لما روى ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام سمع عمرو بن وهب يحلف بأبيه فقال ان الله تعالى فيها لكم أن تحلفوا بأبائكم فمن كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت رواء البخاري ومسلم وأحمد وفي لفظ قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كان حالفا فلا يحلف الابانة أو ليصمت وكانت قريش تحلف بأبائهم فقال لا تحلفوا بالله ولا تحلفوا الا بالآل وانتم صادقون رواء النسائي وهذا الحديث باطلا لانه يمنع الحلف بالطلاق والعقاق وقال بعضهم يسوغ للقاضي أن يحلف بهما اذا ألح الخصم اقله بمبالاة الناس باليمين بالله تعالى في زمانه لكن اذا نكل لا يقضى عليه بالنكول لانه امتنع عما هو منهى عنه شرعا ولو قضى عليه بالنكول لا ينفذ ولو طلب المدعي عليه تحليف الشاهد أو المدعي أنه لا يعلم أن الشاهد كاذب لا يجيبه القاضي لانا أمرنا بكرام الشهود والمدعي لا يجب عليه اليمين لاسيما اذا أقام بيته قال رحمه الله (وتغلف بكرا أو صافه) أي تؤكدا اليمين بكرا أو صافا لله تعالى وذلك مثل قوله والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه لان أحوال الناس شتى فمنهم من يتبع عن اليمين بالتعليظ ويتجاسر عند عدمه فيغلظ عليه لعله يمتنع بذلك وله أن يزيد على هذا ان شاء وله أن

ولا يسمع به الا الساعة يعني ما تكلم بهذا الكلام الذي حكاها ولا يسمع به هذا الكلام بعينه قبل الساعة فلا يكون عليه اسم وان شاء نوى في الطلاق والعقاق ما شرعناه وان شاء حلف أنه لم يتكلم بهذا الكلام بالسكوفة أو بالبصرة أو في اليمن أو في بلد من البلدان غير البلد الذي كان تكلم به فافيه ونوى بالليل ان كان تكلم بالنهار وان تكلم بالليل نوى أنه لم يتكلم بالنهار أو نوى في دار فلان أو في المسجد الجامع أو في شهر رمضان وما أشبه ذلك والباقي يعلم في كتاب الحيل اه اتقاني رحمه الله (فرع آخر) قال الاتقاني رحمه الله ورأيت في محيط شمس الأئمة الحلواني واستحلف الاخرس أن يقول القاضي عليك عهد الله ان كان لهذا عليك هذا الحق ويشير الاخرس برأسه أي نعم ولا يستحلف بالله ما لهذا عليك حق فيشير الاخرس برأسه أي نعم لان الاشارة من الاخرس اذا كانت معروفة من النبي والاشياء بمنزلة العبارة من النطق في سائر الاحكام فكذا في حق الحلف والقاضي لو استحلف الناطق بالله ما لهذا عليك ألف درهم فقال نعم لا يكون عينا لانه يصير كأنه قال احلف وذلك لا يكون عينا فكذلك الاخرس ولو قال عليك عهد الله فقال نعم يكون عينا لانه يصير كأنه قال على عهد الله ان كان لهذا اعلى كذا اه (قوله في اليمين وعقاق) أي وج اه غاية (قوله ولو قضى عليه بالنكول لا ينفذ) كذا في الخلاصة اه

(قوله ويحتزغن عطف بعض الاسماء) أي فانه متى حلفه بالله تعالى الرجن الرحيم يكون عينا واحدة فاذا حلفه بالله والرجن والرحيم يكون ثلاثة أعيان والمستحق عليه عين واحدة فيراعى القاضى هذا اه اتقانى (قوله فى المتن ويستخلف اليهودى بالله الخ) قال أبو حنيفة أهل الذمة وأهل الاسلام والعبد التاجر والمكاتب والصبي التاجر والمرأة فيما ادعى عليهم سواء أماً الذى فانه لا يفارق المسلم فى أحكام المعاملات لانهم محمولون على أحكامنا الاما استثنى بعقد الامان وأما العبد فانه من يصح اقراره بخلاف أن يستخلف وكذلك الصبي التاجر على أصلنا اذ لا ذن فى التجارة له جائز فيصير كالعبد المأذون والمكاتب فى يده نفسه فهو فى باب المعاملات كالحر والمرأة لا تفارق الرجال فى باب التصرف بخلاف المجرى واحد الى هنا لفظ القدورى وقال فى شرح الطحاوى ويستخلف النصرانى بالله الذى أنزل الانجيل على عيسى ويستخلف (٣٠٣) اليهودى بالله الذى أنزل التوراة على موسى ولا يستخلف المجوسى بالله الذى خلق

النار وعند محمد بالله الذى خلق النار الى هنا لفظ الامام الاسيحي فى شرح الطحاوى وقال فى الاجناس قال فى المجرى قال أبو حنيفة ان لم يهتمه القاضى اقتصر على قوله بالله الذى لا اله الا هو وإن اتهمه حلفه بالله الذى لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرجن الرحيم الذى يعسلم من السر ما يعلم من العلانية الذى يعلم خائنة الاعين وما تخفى الصدور فى حق المسلمين وأما فى حق اليهودي فخلف بالله الذى أنزل التوراة على موسى وفى حق النصرانى بالله الذى أنزل الانجيل على عيسى بن مريم وان كان مجوسياً بالله الذى خلق النار ويخلف غيرهم من أهل الشرك بالله تعالى ولا يخلف فى كنيسة اليهود ولا ببيعة النصارى ولا ببيت نار المجوس وانما يستخلفه عند القاضى ونقله عن أدب

ينقص عنه الا أنه يحتاط ويحتزغن عطف بعض الاسماء على البعض كما لا يشكر ر عليه البين ولو أمر بالعطف فأتى بواحدة ونكل عن الباقي لا يقضى عليه بالنكول لان المستحق عليه عين واحدة وقد أتى بها ولو لم يغلف جاز وقيل لا يغلف على المعروف بالصلاح ويغلف على غيره وقيل يغلف فى الخطير من المال دون الحفير ولو غلف عليه خلف من غير تغليف ونكل عن التغليف لا يقضى عليه بالنكول لان المقصود الخلف بالله تعالى وقد حصل قال رحمه الله (لا بزمان ومكان) أى لا يؤكده عليه البين بزمان ولا بمكان وقال الشافعى رحمه الله ان كانت البين فى قسامة أو لعان أو فى مال عظيم يبلغ مائتى مثقال تغلف بالمكان فيخلف بين الركن والمقام ان كان عكة وعند قبر النبي صلى الله عليه وسلم ان كان فى المدينة وعند الصخرة ان كان فى بيت المقدس وفى الجوامع فى غيرها فان لم يكن فى المساجد ويكون ذلك فى يوم الجمعة بعد العصر ولنا اطلاق قوله صلى الله عليه وسلم البين على من أنكر والتخصيص بالمكان والزمان زيادة على النص وهو نسخ ولان المقصود تعظيم المقسم به وهو يحصل بدون ذلك ولان فيه حرج على القاضى حيث يكلف حضوره وهو مدفوع ولان فيه تأخير حق المدعى فى البين فلا يشترع ولانه أحد ما تقطع به الخصومة فلا يختص به ما كالبينة قال رحمه الله (ويستخلف اليهودى بالله الذى أنزل التوراة على موسى) عليه الصلاة والسلام (والنصرانى بالله الذى أنزل الانجيل على عيسى) عليه الصلاة والسلام (والمجوسى بالله الذى خلق النار والوثنى بالله) لقوله عليه الصلاة والسلام لابن صوريا لا عوراء يهودى أنشدك بالله الذى أنزل التوراة على موسى عليه الصلاة والسلام أن حاكمكم الزنا فى كتابكم هذا ولان أهل الكتاب يعتقون نبوة نبيهم فيؤكده عليهم ثم يذكر المنزل على نبيهم والمجوسى بعتة تعظيم النار فيؤكده عليه بذكر خالقها والوثنى وهو الذى يعبد غير الله تعالى بعتة أن الله خالقه وانما يشرك مع الله تعالى غيره قال الله تعالى ولئن سألتهم من خلق السموات والارض ليقولن الله وعن أى خبيثة رجحه الله أنه لا يخلف أحد الا بالله تعالى خالصا حترزا عن اشراك غيره فى التعظيم مع الله تعالى وذكر الخصاص أنه لا يخلف غير اليهودى والنصرانى الا بالله تعالى وهو اختيار بعض مشايخنا لان ذكر النار فى البين تعظيم اله الا ان البين تشعر بذلك ولا ينبغي أن يعظم النار بخلاف التوراة والانجيل لان كتب الله تعالى واجب التعظيم وما ذكره هنا هو المذكور فى الاصل فكأنه وقع عند محمد رحمه الله أنهم يعظمونها تعظيم المسلم الشعائر ولا يعبدونها حقيقة قال رحمه الله (ولا يخلفون فى بيوت عباداتهم) لان فيه تعظيمها والقاضى ممنوع من حضورها مع ما عليه من الحرج وهو مدفوع عنه أيضا قال رحمه الله (ويخلف على الخالص أى

القاضى والاصل أن فائدة البين النكول الذى هو اقرار أو بذر والكافر يصح منه الاقرار والبذل فيتوجه عليه بالله البين كما فى المسلم اه اتقانى (قوله فى المتن على موسى) أى لانه بقر نبوة موسى ويعتقد الحرمة له اه اتقانى (قوله على عيسى) أى لان النصرانى يقر نبوة عيسى ويعتقد الحرمة له وان اختلفوا فيما بينهم أنه ابن الله والمسيح هو الله وثالث ثلاثة فيمتنع من الاقدام على البين الكاذبة اه اتقانى (قوله صوريا) بالقصر اسم أجمعى اه غاية (قوله أنشدك) أى أسألك اه (قوله بذكر خلقها) كذا بخط الشارح وفى بعض الشروح بذكر خلقها اه فرع قال فى شرح الاقطع وأما الصابئة فان كانوا يؤمنون بادر يس عليه السلام استخلفوا بالذى أنزل الصحف على ادريس عليه السلام وان كانوا يعبدون الكواكب استخلفوا بالذى خلق الكواكب اه اتقانى

(قوله بالله ما يشككنا كاخ قائم) قال الاتقاني وهذا على مذهبه ما لان الاستحلاف (٣٠٣) لا يجري في النكاح عند أبي حنيفة اه

(قوله الآن) قيد في جميع ما تقدم وليس مختصا بالمسئلة
الآخرة اه (قوله فان أنكر السبب) أي بان قال ما استقرضت ما غصبت اه
(قوله وان أنكر الحكم) أي بان قال ليس له على هذا المال ولا شيء عنه اه
(قول ثم الاتحاق بدار الحرب) أي والسبي بعد ذلك اه (قوله في المتن وان ادعى شفعة الخ) قال القدوري في شرح كتاب الاستحلاف روي أن رجلا ادعى على رجل عند اسمعيل ابن جاد بن أبي حنيفة أنه اشترى دارا في جواره وأنه يطالب بالشفعة فيها وأنكر المدعى عليه الشراء فأراد اسمعيل أن يستخلفه بالله ما اشترى فقال قد يشترى الإنسان ويسقط الشفيع شفعتك فأراد استحلافه بالله ماله عليك شفعة في هذه الدار في الحال فقال المدعى ان هذا يعتقدان شفعة الجوار غير واجبة فان استخلفته تأول ذلك فقال اسمعيل للمدعى عليه ان كان الامر على ما يدعى من الشراء فقد حكمت عليك بالشفعة ثم استخلفه بالله ما يستحق عليك شفعة في هذه الدار في الحال فامتنع من البين اه اتقاني (قوله في المتن والمشتري أو الزوج لا يراهما)

بالله ما يشككنا كاخ قائم ويسع قائم وما يجب عليك رده وما هي بائن منك الآن في دعوى النكاح والبيع والغصب والطلاق) ولا يقال بالله ما نسكت ولا بالله ما نبعت ولا بالله ما غصبت ولا بالله ما طلمت لان هذه الاشياء قد تقع ثم ترفع برفع كاطلاق والاقالة والهبة والنكاح الجسد فلا يمكن تخليفه على السبب فيحلفه على الحاصل كيلا يضر المدعى عليه لانه لو أقر بالسبب ثم ادعى طرورا الرفع لا يقبل منه فيحتمل به هذا الطريق اذا ضرر فيه على المدعى لان المقصود من الاسباب أحكامها فيحلف على نفقها لا على نفق السبب وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله يحلف على السبب لان البين حق المدعى فيحلف على وفق دعواه والمدعى هو السبب الا اذا عارض المدعى عليه بأن قال قد وقع البيع ثم تقابلنا ونحو ذلك فانه حينئذ يحلفه على الحاصل نظرا له كي لا يفوت حقه وعنه أنه ينظر الى انكار المدعى عليه فان أنكر السبب يحلف عليه وان أنكر الحكم يحلف على الحاصل وقال نضر الاسلام بقوض الى رأى القاضي وهذا الخلاف فيما اذا كان السبب يرتفع برفع وليس في تخليفه على الحاصل ضرر بالمدعى فان كان سببا لا يرتفع برفع فانه يحلف على السبب بالاجماع كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على مولاه بخلاف الامة والعبد الكافر لان الرق يتكرر عليهم ما بالارتداد ونقض العهد ثم الاتحاق بدار الحرب ولا يتكرر على العبد المسلم اذا لا يقبل منه الا الاسلام أو السيف عند ارتداده وكذا اذا كان في التخليف على الحاصل ضرر بالمدعى مثل أن يدعى شفعة بالجوار والمُدعى عليه لا يراه او مثل أن تدعى المبتونة النفقة والزوج لا يراه فانه يحلف حينئذ على السبب بالاجماع لان في تخليفه على الحاصل ترك النظر في جانب المدعى اذ هو يحلف بناء على اعتقاده فيبطل حق المدعى قال رحمه الله (وان ادعى شفعة بالجوار أو نفقة المبتونة والمشتري أو الزوج لا يراه ما يحلف على السبب) لما ذكرنا خلاصه له أن التخليف على الحاصل هو الاصل عندهما الا اذا أدى الى الاضرار بالمدعى أو كان سببا لا يتكرر حينئذ يحلف على السبب وعند أبي يوسف التخليف على السبب هو الاصل الا اذا عارض حينئذ يحلف على الحاصل لما بينا قال رحمه الله (وعلى العلم لو ورث عبد فادعاه آخر) أي يحلف على العلم اذا ورث عبد وادعى آخر أنه له ولا يحلف على البتات لان الوارث لا يعلم بما فعل المورث فيمتنع عن البين فيلحقه بذلك ضرر وهو محقق ظاهر فلا يصار اليه دفعا للضرر عنه قال رحمه الله (وعلى البتات لو وهب له أو اشتراه) يعني يحلف على البتات ان كان ملكه بالهبة له أو بشرائه اياه لان الهبة والشراء سبب موضوع للملك باختيار المالك ومباشرة ولو لم يعلم أنه ملك للمالك لما باشر السبب ظاهر فيحلف على العلم وهذا لان الملك باختياره لا يكون الا بعد التفحص ظاهر افيطلق له الخلف على البتات فاذا امتنع عما أطلق له يكون باذلا أما الوارث فانه لا اختيار له في الملك ولا يدري ما فعل المورث فلم يوجد ما يطلق له البين على البتات ولان الوارث خلف عن الميت والبين لا تجرى فيها النيابة فلا يحلف على البتات والمشتري والموهوب له أصل بنفسه فيحلف عليه والاصل فيه أن البين متى وقعت على فعل الغير فالبين على العلم ومتى وقعت على فعل نفسه تكون على البتات ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام حلف اليهودي بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا فلقههم على البتات في الاول لانه فعلهم وفي الثاني على العلم لانه فعل غيرهم قال الخوافي هذا الاصل مستقيم في المسائل كلها الا في الرد بالعيب فانه اذا ادعى المشتري أن العبد باق ونحو ذلك فأراد المشتري تخليفه البائع فانه يحلفه على البتات مع أنه فعل غيره وانما كان كذلك لان البائع ضمن تسليم المبيع سالما عن العيوب فالتخليف يرجع الى ما ضمن بنفسه فيحلف على البتات ولانه انما يكون الخلف على فعل الغير على العلم اذا قال المشتري لا علم لي بذلك وأما اذا ادعى العلم فيحلف على البتات ألا ترى أن المودع اذا قال إن الوديعة قبضها صاحبها يحلف على البتات وكذا الوكيل بالبيع اذا ادعى قبض الموكل الثمن فانه يحلف

أي كما اذا كان الزوج أو المشتري شافعي المذهب اه (قوله ومباشرة) خرج بهذا الارث فانه سبب موضوع للملك لكن ليس باختيار المالك ومباشرة اه (قوله اذا ادعى قبض الموكل الثمن) أي وأنكر الموكل يحلف الوكيل بالله لقد قبض الموكل اه

(قوله في المتن ولو افتدى المنكر الخ) هذه من مسائل الجامع الصغير ذكرها في كتاب القضاء قال الاثنا عشرية وصورتهم فيه محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل يدعي عليه المال فيفتدي بمائة درهم قال جاز وليس للمدعي أن يستحلفه على ذلك البين بعد ذلك وكذلك ان صالحه من مائة على عشرة دراهم أما جواز الافتداء فلما الخ (١) وكتب ما نصه فالافتداء قد يكون بمثل المدعي أو أقل من المدعي والصلح إنما يكون على أقل من المدعي في الغالب لان الصلح نبي عن الخطيئة وكلاهما مشروع وهي مسألة الصلح على الإنكار فيجوز (٣٠٤) عندنا ومالك وأحمد ولا يجوز عند الشافعي رحمه الله اه (قوله وقبل كان

على البينات لادعائه العلم بذلك ثم في كل موضع وجب اليمين فيه على البينات خلف على العلم لا يكون معتبرا حتى لا يقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه وفي كل موضع وجب اليمين فيه على العلم خلف على البينات يعتبر اليمين حتى يسقط اليمين عنه ويقضى عليه إذا نكل لان الحلف على البينات أكد فيعتبر مطلقا بخلاف العكس قال رحمه الله (ولو افتدى المنكر بمائة أو ماله من مائة على شيء صحيح ولم يحلف بعده) لما روى أن عثمان رضي الله تعالى عنه ادعى عليه أربعون درهما فأعطى شيئا وافتدى بمائة ولم يحلف فقبل ألا تخلف وأنت صادق فقال أخاف أن يوافق قدر عيني فيقال هذا بسبب عينة الكاذبة وقيل كان له على مقدارين الاسودس مائة آلاف درهم أقرضها إياه فقضاه منها أربعة آلاف فترفع إلى عمر رضي الله تعالى عنه فلم يحلف ولان بالافتداء صيانة عرضه وهو مستحسن عقلا وشرعا وقد قال عليه الصلاة والسلام ذبوا عن أعراضكم بأموالكم وقال على كرم الله وجهه إياك وما يقع عند الناس إنكاره وان كان عندك اعتذاره ولان المنكر يدفع به الخصومة وتهمته الكذب عن نفسه والمدعي يأخذه على أنه حقه أو عوض عنه فيجوز وان لم يكن الحق مالا كالقصاص وجزاء أن يكون لعقد واحد جهتان كن أقرضت بدينار ثم اشتراه بما يعطى من الثمن بدل ملك الرقبة في زعم البائع وهو فدأ في حق المشتري حتى يعتق العبد وكفى الصلح عن الإنكار فإنه بدل حقه في حق المدعي ولا فتداء اليمين وقطع الخصومة في حق المنكر ثم لما بطل حقه في اليمين في لفظ الصلح والفتداء لا يكون له أن يستحلفه بعد ذلك أبدا بخلاف ما إذا اشترى عينة بمال حيث لا يجوز لان الشراء عقد عليك المال بالمال واليمين ليست بمال فبطل وبقي حقه في اليمين على حاله والله أعلم

باب الخالف

قال رحمه الله (اختلاف في قدر الثمن أو المبيع قضى لمن رهن) أي لمن أقام البينة لانه نورد عوا بالبينة إذ البينة مبينة كاسمها فبقى في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة أقوى منها إذ هي متعديّة حتى لو جوب القضاء على القاضي فلا يعارضها مجرد الدعوى قال رحمه الله (وان برهنها فثبت الزيادة) أي إذا أقام كل واحد منهما مبينة كانت البينة المثبتة للزيادة أولى لان البينات شرعت للاثبات ولا معارضة في قدرها اتفاقا عليه ولا في الزيادة فيجب كله ولو اختلفا في الثمن والمبيع جميعا فبينة البائع أولى في الثمن وبينة المشتري أولى في المبيع لما ذكرنا وفي النهاية إذا قال البائع بعثت هذه الجارية بعددك هذا وقال المشتري اشتريتها منك بمائة دينار وأقاما البينة فبينة البائع أولى لانها تثبت الحق له فيه والاخرى تنفيه والبينة للاثبات دون النفي قال رحمه الله (وان عجزا ولم يرضيا بدعوى أحدهما تحالفا) أي ان عجزا عن إقامة البينة ولم يرضوا بما قاله صاحبه بعدم ما قيل لكل واحد منهما ما أمّا أن ترضى بما قاله صاحبه

على مقدار) كان لعثمان على المقداد سبعة آلاف درهم فادعى أنه أوفاهما لعثمان رضي الله عنهما اه (قوله وان كان عندك اعتذاره) تمامه فليس كل سامع نكرا نستطيع أن توسعه عذرا اه (قوله واليمين ليست بمال) ذكره قاضي خان والمرغباني والمحجوب اه معراج

باب الخالف

(قوله في المتن اختلفا في قدر الثمن أو المبيع) أي فادعى أحدهما ثمنًا وأدعى البائع أكثر منه أو اعترف البائع بقدر من المبيع وأدعى المشتري أكثر منه اه ههنا (قوله في المتن وان برهنًا فثبت الزيادة) يعني أدعى المشتري أنه اشترى هذه العينة بعشرة وأدعى البائع أنه باعها بخمسة عشر وأقام كل واحد مبينة على دعواه أو أدعى المشتري أنه اشترى الكرين بعشرة وأدعى البائع أنه باع الكرين بعشرة وأقام كل واحد منهما مبينة على

ما ادعى فالبينة المثبتة للزيادة أولى اه غاية (قوله ولو اختلفا في الثمن والمبيع جميعا) أي في قدرهما اه (قوله والا وبينة المشتري أولى في المبيع) صورته ما قال في الشام في قسم المتوسط قال البائع بعثت هذه الجارية وحدها بمائة دينار وقال المشتري لا بل مع هذا العبد بخمسين وأقاما البينة يقضى بهما جميعا للمشتري بمائة دينار لان كل واحد منهما أثبت بينته بزيادة فتقبل في حق تلك الزيادة اه غاية (قوله وفي النهاية الخ) هذا الفرع وقع الاختلاف فيه في جنس الثمن اه (قوله والاخرى تنفيه) أي ما حق المشتري فتثبت في الجارية باتفاقهما فلم تثبت بينته شيئا وإنما الاختلاف في حق البائع فبينته أولى بالقبول اه

(١) هكذا في أصل الحاشية وسبق مثل ذلك مرارا وأعله هنا كفي بما في الشارح من الحديث اه كسبه صححه

(قوله والافسخنا البيع عليك) فيقال في الاختلاف في الثمن المشتري اما أن ترضى بالثمن الذي يدعيه البائع والافسخنا وفي صورة الاختلاف في المبيع يقال البائع اما أن تسلم ما ادعاه المشتري والافسخنا وفي صورة ما اذا اختلفا فيهما يقال لكل واحد منهما ما ذكره اه (قوله في المتن وبدئ بيمين المشتري) هذا اذا اختلفا في الثمن اما اذا اختلفا في المبيع بدئ بيمين البائع يدل عليه ما سيذكره في الاختلاف في الاجارة اه (قوله وهو قول محمد وزفر) قال الاتقاني وعند زفر يبدأ بيمين البائع كقول أبي يوسف أولا كذا في التقريب اه (قوله وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يبدأ بيمين البائع) قال الاتقاني وجه قول زفر هو قول أبي يوسف أولا قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع ولأن المبيع مستحق على البائع وهلاكه يوجب فساد العقد وله أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن فكان تقديم من في حبسه المبيع أولى اه غاية وكتب مانصه قال القدوري في شرح كتاب الاستحلاف وقد ذكر في هذا الكتاب رواية أخرى عن أبي يوسف في كتاب الاستحلاف وهي أن المشتري ان كان ابتداء بالخصومة وادعى على البائع ابتداء بيمين البائع وإن كان البائع ابتداء بالدعوى ابتداء بيمين المشتري اه غاية (قوله لاستوائهما في فائدة التسكول) أي لأن كل واحد منهما اذا انكل لا يلزم تسليم شيء في الحال اه غاية (قوله في المتن وفسخ القاضي الخ) قال شمس الأئمة في شرح أدب القاضي في باب اليمين وإن حلفا جميعا انتفى الثمنان فبقي يعابلا عن فيفسد فينتقض العقد فيما بينهما وانما (٣٠٥) ينتقض القاضي فيما بينهما اذا طلبا أو طلب أحدهما من القاضي

والافسخنا البيع عليك تحالفا وانما يقول له ذلك لأن المقصود قطع المنازعة وهذا طريق فيه فلعلمهما يرغبان في البيع دون الفسخ فيرضيان به اذا علمنا ذلك قال رحمه الله (وبدئ بيمين المشتري) وهو قول محمد وزفر رحمه الله وأبي يوسف آخره ورواية عن أبي حنيفة رحمه الله وهو الصحيح لأن المشتري أشدهما انكارا إذا هو المطالب بالثمن أو لا فينكر عند المطالبة فيكون بادئاً بالانكار وعند أنكوله بطالب بالثمن كأنكل من غير تأخر فتمجمل به فائدة اليمين وهو الاقرار أو البذل عند التسكول وينكول البائع متأخراً لفائدة لأن تسليم المبيع متأخر إلى زمان تسليم الثمن لأنه يسلك المبيع حتى يستوفي الثمن فكان ما يتجمل به فائدة أولى وعن أبي يوسف أنه يبدأ بيمين البائع لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع خصه بالذكر فكان ينبغي أن يكفي بيمينه فإن تقاصر عن إفادته فلا يتقاصر عن إفادة التقديم وقيل يقرع بينهما في البداية اه هذا اذا باع سلعة بثمن وإن باع ثمناً بثمن أو سلعة بسلعة بدأ القاضي بإيهما شاء لاستوائهما في فائدة التسكول قال رحمه الله (وفسخ القاضي بطلب أحدهما) لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادوا لأنهم الماسخلة لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما ما فيبقى بيع بثمن مجهول أو بلا بدل فيفسخ لأن البيع بلا ثمن أو بثمن مجهول فاسد ولا بد من الفسخ فيه وقيل يفسخ بنفس التحالف والصحيح الأول بدليل ما ذكره في المبسوط أن وطء الخارية المبيعة يحل بعد التحالف قبل فسخ القاضي المبيع بينهما ولو كان يفسخ الماحل وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بما ادعاه المشتري ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بما ادعاه البائع وذكر في الزيادات أنه يحلف بالله ما باعه بألف ولقد باعه بألفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين ولقد اشتراه بألف بضم الألف إلى التثنية تأكيذاً والصحيح الاقتصار على التثنية

(٣٩ - زيلعي رابع) تهذيب أدب القاضي وإن حلفا لم ينتقض القاضي البيع بينهما حتى يطلب ذلك أو يطلب أحدهما لأن الفسخ حق لهما بدليل ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال تحالفا وترادوا اه (قوله في المتن بطلب أحدهما) يعني إذا اختلف الحاكم كل واحد منهما خالفاً ففسخ البيع بينهما اه وكتب على قوله بطلب أحدهما ما نصه حتى لو رضيا بترك الدعوى لا يفسخ اه (قوله أو بثمن مجهول فاسد) أي والعقد الفاسد لا بد له من الفسخ اه غاية (قوله وقيل يفسخ بنفس التحالف) لم يتعرض الشارح رحمه الله لتعليل اشتراط طلب أحدهما الفسخ مع أن رفع الفساد واجب عليه وإن لم يطلبه أحد ووجه اشتراطه أن الفساد هنا وقع بعد صحة البيع بخلاف البيوع الفاسدة لأنها وقعت فاسدة ابتداء اه (قوله وصفة اليمين الخ) قال الاتقاني وأما مصفة التحالف فقد ذكر في الاصل أن كل واحد منهما يحلف على دعوى الآخر وهذا يقتضي أن يحلف البائع بالله ما باعه بما ادعاه المشتري ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بما ادعاه البائع اه (قوله والاقتصار الخ) قال الاتقاني وما ذكر في الاصل موضوع اليمين لأنها لا تقع عندنا إلا بالتثنية فلو جعنا بين الأمرين لتضمنت الاثبات والتثنية وهذا لا يصح ووجه ما ذكر في الزيادات أن الجمع بين الأمرين تأكيذاً للتثنية وليس بمنع أن يكون اليمين موضوعاً للتثنية ويضم إليها الاثبات على طريق التأكيد فيقول الشاهد أشهد أن فلان مات وهذا ورثه ولا وارث له غيره وقال في شرح الاقطع جواباً عن الحديث الذي رواه زفر وانما يخص البائع بالذكر لأن عين المشتري معلومة لا يشك لقوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر

فُسكت صلى الله عليه وسلم عما تقدم بيانه وبين ما يشكك ولم يتقدم بيانه اه (قوله لان الايمان على ذلك وضعت) أى وضعت لآعلى
 الاثبات اه (قوله في المتن ومن نكل لزمه دعوى الآخر) قال في شرح أدب القاضي اذا اختلفا في الثمن والسلعة قائمة مقبوضة كانت
 أو لم تكن فانهم ما يتحالفان يحلف البائع على دعوى المشتري فان نكل لزمه البيع بألف درهم ويحلف المشتري على دعوى البائع فان نكل
 لزمه دعواه وهو البيع بألف درهم وان حلفا جميعا فقد مر بيانه انفا وأصل ذلك أن النكول في معنى البذل وبذل الاعراض صحيح فاذا
 كان النكول بالذلة لم يبق دعواه معارضة لدعوى صاحبه فيثبت دعوى صاحبه لسلامته عن المعارض اه اتقاني (قوله لانه) أى النكول
 اه (قوله نحو أن يشتري الرجل من آخر سمنا في زق الخ) هذا الفرع مذكور في متن الكنز في البيع الفاسد وراجع الحاشية التي في خيار
 الرؤية ننال عن الكمال عند قوله وللاشتري لو في (٣٠٦) الرؤية اه (قوله فكذلك في مقدار المقبوض) يعنى القول فيه للقابض

لان الايمان على ذلك وضعت ألا ترى أنه اقترع عليه في القسامة بقولهم ما قلناه ولا علمنا له فأتلا
 والمعنى فيه أن الجمين يجب على المنكر وهو الثاني فيحلف على هيئة النفي اشعارا بأن الحلف واجب عليه
 لانكاره وانما وجب على البائع والمشتري لان كلامهم ما منكر لان البائع يدعى زيادة الثمن والمشتري
 ينكر ويدعى زيادة المبيع والبائع ينكر ان كان الاختلاف فيهما وان كان الاختلاف في أحدهما
 فأحدهما يدعى زيادة البذل والآخر ينكره والمنكر منهما يدعى وجوب تسليم البذل على صاحبه
 عند تسليمه البذل والآخر ينكره فصار مدعين ومنكرين فتنه قبل بينة كل واحد منهما لكونه مدعيا
 ويحلف كل واحد منهما لكونه منكرا وهذا اذا كان قبل قبض أحد البذلين فظاهر وهو قياس وان
 كان بعده فبخلاف للقياس لان القابض منهما لا يدعى شيئا على صاحبه وانما ينكر ما ادعاه الآخر
 وليكن عرفناه بالنص وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها
 تحالفا وترا اذا قال رحمه الله (ومن نكل لزمه دعوى الآخر) لانه صار مقربا أو باذلا فلزمه اذا اتصل به
 انقضا وهو المراد بقوله لزمه دعوى الآخر لانه بدون اتصال القضا به لا يوجب شيئا أما على اعتبار البذل
 فظاهر وأما على اعتبار أنه اقرار فلانه اقرار فيه شبهة البذل فلا يكون موجبا بانقراده وهذا الذي ذكرناه
 في التحالف اذا كان اختلافهما في البذل مقصودا وأما اذا كان في ضمن شيء آخر نحو أن يشتري الرجل
 من آخر سمنا في زق ووزنه مائة رطل ثم جاء بالزق ليرده على صاحبه ووزنه عشرين رطلا فقال البائع ليس هذا
 زقي وقال المشتري هو زقي فالقول قول المشتري سواء سمى اسك رطل غمنا أو لم يسم فعمل هذا الاختلاف في
 المقبوض وفيه القول قول القابض في نفس القبض والمقبوض فكذلك في مقدار المقبوض وان كان في
 ضمنه اختلاف في الثمن لان الثمن يزداد بنقصان الزق ونقص زيادة الثمن يدعى زيادة الثمن والمشتري
 ينكر ولم يعتبر هذا الاختلاف في ايجاب التحالف لان الاختلاف فيه وقع مقتضى اختلافهما في الزق قال
 رحمه الله (وان اختلفا في الاجل أو شرط الخيار أو في قبض بعض الثمن أو بعد هلاك المبيع أو بعضه أو في
 بدل الكتابة أو في رأس المال بعد اقالة السلم لم يتحالفوا) والقول للمتنكر مع عينه أما الاختلاف في الاجل
 أو في شرط الخيار أو في قبض بعض الثمن فلانه اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به فأشبه الاختلاف
 في الحط والابراء ولهذا لا يتخلل العقد بانعدامه بخلاف الاختلاف في وصف الثمن وجنسه حيث يكون
 منزلة الاختلاف في القدر حتى يجري فيه التحالف لانه يرجع الى نفس الثمن لانه يعرف بالوصف لا غير
 لكونه دينيا في الذمة ولا كذلك الاجل لانه ليس بوصف له ألا ترى أن للثن وجودا بذاته وكذا

هذا الفرع ذكره في المتن
 في خيار العيب حيث قال
 والقول في مقدار المقبوض
 للقابض فليراجع ما قاله
 الشارح اه (قوله في المتن
 أو في قبض بعض الثمن) ذكر
 البعض ليس بقيد اذا الحكم
 فيما اذا اختلفا في قبض كل
 الثمن كذلك يكون الجمين
 على البائع لا غير اه (قوله
 والابراء) يعنى اذا اختلفا في
 حط بعض الثمن أو ابراء كل
 الثمن لم يتحالفوا كذلك اذا اختلفا
 في الاجل وشرط الخيار اه
 (قوله ولهذا لا يتخلل العقد
 بانعدامه) أى بانعدام
 الاجل وشرط الخيار اه
 (قوله بخلاف الاختلاف
 في وصف الثمن) أعنى في
 جودته أو رداءته اه غاية
 (قوله وجنسه) أى بأن قال
 أحدهما دراهم والآخر
 دنانير اه غاية (قوله لكونه
 دينيا في الذمة الخ) والتحقيق
 هنا أن يقال ان التحالف
 شرع بالنص اذا وقع الاختلاف

في الثمن أو الثمن اذا أمكن الفسخ بعد التحالف ليتوصل كل منهما الى رأس ماله اذا لم يصل له ما ادعى قبل صاحبه وهذا يمكن مستحقهما
 عند الاختلاف في الثمن أو الثمن لانهم اذا تحالفا لم يثبت واحد من الثمنين أو المئتين فيبقى البيع بغير ثمن أو مئتين وهو فاسد فيجب الرد والمشاركة
 بسبب الفساد وفيما ضمن فيه اختلاف في شرط زائد وهو الاجل والخيار فاذا تحالفا لم يثبت الشرط والبيع يبقى صحيحا بذاته كالمعقود
 البيع بدونه في الابتداء فلا يمكن أن يفسخ مع بقاءه على الصحة وقطرة التحالف الفسخ فلا تحالف في موضع لا يؤدي الى الفسخ ويعمل أيضا
 لخيار الشرط فنقول نوع خيار الاختلاف فيه لا يوجب التحالف كخيار العيب وقال الامام الاسيبغاني في بيوع شرط الطحاوي والاصل
 في هذا أن العاقلين متى اختلفا في المملوك بالعقد يتحالفان ومتى اختلفا في المملوك بالشرط لم يتحالفوا أو نقول متى اختلفا في كلمة العقد
 تحالفا ومتى لم يختلفا في كلمة العقد لم يتحالفوا والاجل مملوك بالشرط وليس في كلمة العقد والثن والمئتين مملوك بالعقد وهو من كلمة العقد

اه اتقاني وكتب مانصه قال الاتقاني ثم الاختلاف في أجل الثمن لا يخلو أما أن يختلف في أصله أو في قدره أو في مضيه فإن اختلفا في أصله
فانقول قول البائع لأنه يستفاد من جهته وان اختلفا في قدره فانقول قول المشتري لأنه يثبت الزيادة
وان اختلفا في مضيه مع اتفاقهما على القدر فانقول قول المشتري أنه لم يرض والبينة بينته أيضا لأنه يثبت الزيادة وان اختلفا في المضى
والقدر فانقول قول المشتري في المضى وفي القدر قول البائع فيجعل شررا لم يرض والبينة بينته المشتري وهذا اذا كان المبيع عيناً فما اذا كان
ديناً يعني السلم فالاختلاف فيه لا يوجب التحالف والترادع عند علماء الثلاثة لأنهم ما اختلفوا في المملوك بالشرط وتندفع به التحالفان
ويترادان لأن السلم لا يصح إلا به فالاختلاف كالاختلاف في صفة السلم (٣٠٧) اه (قوله وافرقت بين الاجل في السلم الخ)

ثم الاختلاف في أجل السلم
لا يخفى لو امان اختلفا في
أصله أو في قدره وفي مضيه
أو فهم ما جميعاً أما اذا اختلفا
في أصله فإنه ينظر ان كان
مدعى الاجل هو رب
السلم فالقول قوله قياساً
واستحساناً ويجوز السلم
وان كان مدعى الاجل هو
المسلم اليه فالقول قوله
أيضاً استحساناً ويجوز السلم
وهو قول أبي حنيفة وقال
أبو يوسف ومحمد القول
قول رب السلم وبفسد المسلم
وهو القياس ولو اختلفا في
قدره فالقول قول رب السلم
ولو اختلفا في مضيه فالقول
قول المسلم اليه والبينة
أيضاً بينته ولو اختلفا في
قدره ومضيه فالقول في
القدر قول رب السلم والقول
في المضى قول المسلم اليه
ولو أقاما البينة فالبينة بينة
المسلم اليه على إثبات الزيادة
وإن لم يرض اه غاية قال
في الجمع والمسلم اليه في
دعوى التأجيل مصدق

مستحقهما اختلف فإن الثمن حق البائع والاجل حق المشتري ولو كان وصف الثمن لكان حق البائع وقال
زفر والشافعي يتحالفان في الاجل اذا اختلفا في أصله أو قدره لأن هذا في معنى الاختلاف في مقدار مالية
الثمن فإن المورجل أنقص من الحال في المالية ولأن النص أوجب التحالف عند اختلاف المتبايعين ولم
يفصل قلنا وجوب التحالف معلق باختلاف المتبايعين وهو اسم مشتق من البيع فيمعلق وجوبه
باختلاف فهم ما يثبت به البيع وهو يثبت بالمبيع والثمن لا بالاجل فصار كأنه قال اذا اختلف
المتبايعان في المبيع أو الثمن تحالفاً وقد بينا أن الاجل ليس بوصف للثمن انذلو كان وصفه لاذهب عند
ذهابه إذ الشيء لا يبيح بدون وصفه وافرقت بين الاجل في السلم وبين ما نحن فيه عند أبي حنيفة رحمه الله
فإنه جعل هناك القول قول من يدعى الاجل وجعل القول هنا المنكسر والفرق أنه شرط في السلم وتركه فيه
مفسد للعقد واقدامهما عليه يدل على الصحة فكان القول بان يدعيه لأن الظاهر يشهد له بخلاف ما
نحن فيه لأنه لا تعلق له في الصحة والفساد فيه فكان القول لنا فيه لأن الاجل أجنبى عن العقد ولهذا
لو شهد أحد الشاهدين بأنه باعه بألف إلى شهر وشهد الآخر بأنه باعه بألف ولم يذكر الاجل قبل شهادتهما
كالمشهد أحدهما أنه باعه بشرط الخيار إلى ثلاث ولم يذكر الآخر الخيار ولو كان وصفاً للثمن لما قبل وكذا
اذا اختلفا في أصل البيع أو في مكان إيفاء المسلم فيه لا يتحالفان لأن أحدهما انفرد في إنكار أصل البيع
والاختلاف في مكان الإيفاء وقدم بینه في البيوع وأما اختلافهما بعد هلاك المبيع فالمدكور هنا
قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد والشافعي رحمهما الله يتحالفان ويقضى البيع على
قيمة الهالك وعلى هذا الخلاف اذا خرج المبيع عن ملكه أو صار يحال لا يمكن رده لهما قوله عليه الصلاة
والسلام اذا اختلف المتبايعان تحالفاً وترادعاً مطلقاً من غير اشتراط قيام السلعة والمراد باشتراطه في
الحديث الآخر التنبيه على عدم سقوطه في حالة أدنى منها كأنه يقول والله أعلم تحالفاً وان كانت السلعة
قائمة لأنه يمكن تمييز الصادق من الكاذب اذا كانت السلعة قائمة بتحكيم قيمتها في الحال ولا يمكن ذلك بعد
الهلاك فاذا كان يجري التحالف بينهما مع إمكان المعسرة فاولى أن يجري عند عدم الإمكان ولأن كل
واحد منهما يدعى عقداً غير العقد الذي يدعيه صاحبه اذا البيع بألف غير البيع بألفين ألا ترى أن
الشاهدين في البيع اذا اختلفا في قدر الثمن لا تقبل شهادتهما لعدم كمال النصاب في كل واحد من البيعين
فصار كالمشهد أحدهما البيع والآخر الهبة أو كان البيع مقايضة فهلك أحدهما البديلين أو اختلفا في
جنس الثمن وفي التحالف فأنذوه وهو تسليم ما يدعيه البائع له على تقدير نكول المشتري أو سقوط الثمن
كاه عن المشتري على تقدير عدم نكوله ولا يبي حنيفة وأبي يوسف قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف
المتبايعان والسلعة قائمة تحالفاً وترادعاً بشرط أن تكون السلعة قائمة وما رويهما من المطلق محمول

كرب السلم اه (قوله تقبل شهادتهما) أي ويقضى بالبيع بألف حالة اه غاية (قوله وأما اختلافهما بعد هلاك المبيع) أي بعد قبض
المشتري اذ قبل قبضه ينفسخ العقد لانه اه كأي وكتب مانصه قال في الجمع أو في الثمن بعد هلاك المبيع أمر بالتحالف والفسخ على
قيمتيه وجعل القول للمشتري اه قال الاتقاني وأجمعوا على أن السلعة اذا كانت قائمة يتحالفان سواء كان قبل القبض أو بعد القبض
وحاصل الخلاف في تحليف البائع عندنا لا يحلف البائع وعندهما يحلف اه قوله أو في الثمن أي لو اختلفا في قدر الثمن اه شرحه
(قوله وعلى هذا الخلاف اذا خرج المبيع عن ملكه) أي يبيع أو هبته لأن خروج المبيع عن ملك المشتري هلاكاً حكماً والهالك لا ينع
التحالف عند محمد خلافاً لهما اه (قوله بشرط أن تكون السلعة قائمة) أي لأن الواو الحال والاحوال شروط اه

عليه ولفظ الترادف فيه يدل عليه لان الترادف يكون في القائم دون الهالك ولانه يحمل المطلق على المقيد اذا كان الراوي لهما عن النبي صلى الله عليه وسلم واحدا بالاجماع وبحال ترك الراوي عن النبي صلى الله عليه وسلم القيد الى غفلته وقلة ضبطه بخلاف ما اذا اختلف الراويان عن النبي صلى الله عليه وسلم حيث يترك كل واحد منهما على حاله فيعمل به ما لم يكن الاطلاق والتقيد في حكم واحد ومحل واحد وهذا ان الحد يثان هنا ويومهم ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم فيؤخذ بالمقيد لما ذكرنا والتخالف بعد القبض على خلاف القياس على ما بينا فلا يلحق به غيره فلا يتعدى الى حال هلاك السلعة لانه ليس في معناه اذ لا يعود كل واحد منهما الى رأس ماله ولا يدعى المشتري فيه شيئا بخلاف ما قبل القبض على ما بينا ولانه بالتخالف يفسخ العقد والفسخ يرد على عين ما ورد عليه العقد فيشترط قيامه كالعقد ولهذا لا تجوز الاقالة ولا الرد بالعيب بعد هلاكه ولا معنى لقولهما ان كل واحد منهما يدعى عقدا غير ما يدعى الآخر فان العقد لا يختلف باختلاف قدر الثمن من جنس واحد الا ترى ان الوكيل بالبيع بألف يبيعه بألفين وان البيع بألف يصير بألفين بالزيادة في الثمن وبخمس مائة بالخط وانما لا تقبل شهادتهما اذا اختلفا في القدر مع اتحاد الجنس لان المدعى أحدهما لا يختلف العقد بخلاف ما لو اختلفا في جنس الثمن لان البائع يدعى عليه الدنانير والمشتري ينكر والمشتري يدعى الشراء بالدرهم والبائع ينكر وانكاره صحيح وكذا دعواه لان المبيع لا يسلم له الا بثن فكان دعواه اثن دعوى المبيع ولم يتفق على ثمن وهذا اتفاق على ألف وهو يكفي للصحة ولهذا لو كان المبيع جارية جاز وطؤها قبل الفسخ بعد التخالف ولو كان مختلفا لم يصح كالأدعي أحدهما مائة والاخرى عالا فلهما حقيقة وبخلاف بيع المقايضة لان كل واحد منهما مبيع فكان البيع قائما بقاء المعقود وعليه ولهذا تجوز الاقالة قيمة ويرد بالعيب فاذا كان بافكاره ورد الاخر مثل الهالك ان كان من ذوات الامثال والافقيته ولا نسلم ان في التخالف هنا فائدة لان المقصود في الفسخ ان لا يسلم لكل واحد منهما العوض ويرجع اليه عين ماله الذي ورد عليه العقد وهذا يسلم المبيع للمشتري بقيته كما يسلم له بالثن اذا لم يفسخ فلا يعتد باختلاف سبب السلامة بعد حصول المقصود كمن أقر بألف من ثمن متاع فقال المقر له هي غصب فانه يؤمر بالدفع اليه لاتحاد الحكم بخلاف ما اذا قال بعثني هذه الجارية فانكر وقال ما بعثتها وانما زوجتها فانه لا يجوز له أن يطأها لاختلاف الحكم فان حكم مالك المين خلاف حكم الزوجة وكذا لا يرجع الى البائع بالفسخ عين ماله الذي ورد عليه العقد فلا يكون في الفسخ فائدة لان ما يعتبر من الفائدة هو عود ما ورد عليه العقد الى صاحبه لا أي فائدة كانت واما اختلافهما بعد هلاك بعض المبيع فالمسألة كور هنا قول أبي حنيفة رحمه الله وصورته انه باع عبدين صفقة واحدة ثم هلك أحدهما عند المشتري ثم اختلفا في الثمن قال القدوري فيها لا يتحالفان الا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك وجعل هذا في النهاية لفظ المبسوط وفي الجامع الصغير القول قول المشتري مع عيبه عند أبي حنيفة رحمه الله الا أن يشاء البائع أن يأخذ الحى ولا شئ له وقال قاضيهان وذكري الاصل الا أن يشاء البائع أن يأخذ الحى ولا يأخذ من ثمن الميت شيئا وقال أبو يوسف رحمه الله يتحالفان في الحى ويفسخ العقد فيه ولا يتحالفان في الهالك ويكفون القول في ثمنه قول المشتري وقال محمد رحمه الله يتحالفان عليه ما ويفسخ العقد فيهما ويرد الحى وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة لا يمنع التخالف عنده فهلاك البعض أولى أن لا يمنع ولا يوجب رحمه الله ان امتناع التخالف للهلاك فيتمتع بغيره ولا يوجب حنيفة رحمه الله أن التخالف بعد القبض ثبت بالنص على خلاف القياس ورد الشرع به في حال قيام السلعة والسلعة اسم لجميعها فلا تنطبق السلعة به مدفوات جزء منها ولانه لا يمكن التخالف في القائم الا على اعتبار حصته من الثمن ولا بد من القسمة على قيمتهما والقيمة تعرف بالخزرواظن فيؤدى الى التخليف مع الجهل وذلك لا يجوز الا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك فيثبت ذلك كون الثمن كله مقابلة الحى ويخرج الهالك عن العقد فيكون كأن العقد وقع على هذا

(قوله ثم هلك أحدهما عند المشتري) أى قبل نقد الثمن اهـ

فيمتثلان فان حلفا فسخ العقد فيه وأخذه ولا يأخذ من غن الهالك ولا من قيمته شيئا وأيهما نكل
 لزمه دعوى الآخر ولفظ المسوط يدل على هذا لان المستثنى منه عدم التحالف لان المذكور فيه قبل
 الاستثناء قوله لم يتحالفوا لفظ الجامع الصغير يدل على أنهم لا يتحالفان وان لا يحلف المشتري وحده لان
 المستثنى منه عين المشتري لانه المذكور قبله وقال في النهاية وتكلموا أن هذا الاستثناء الى ماذا ينصرف
 قال مشايخ بلح رجهم الله ينصرف الى عين المشتري ومعناه ان البائع يأخذ الحى منهم اصلها عما يتدعيه
 قبل المشتري من الزيادة ويجعل صلحهما على هذا العبد كصلحهما على عبد آخر وصارته درهما قال في
 الكتاب على قول هؤلاء لا يتحالفان عند أى حنيفة رجه الله ويحكون القول قول المشتري مع
 عينه الآن بأخذ البائع الحى ولا يأخذ شيئا آخر فيثبت لا يحلف المشتري قال شيخ الاسلام المعروف
 بنحو اخر زاده هذا لا يقوى لان الاخذة ملق بمشقة البائع ولو كان أخذ الحى بطريق الصلح لكان معلنا
 بمشقة ثمة قال الراعى عفو ربه ليس في هذا الاخذة فائدة ايضا ولا يحتملها فلا بصار اليه لان ترك حصة
 الهالك من الثمن من غير بدل بقبالة ليس من الحكمة ثم قال وعامة المشايخ على أن الاستثناء منصرف الى
 التحالف وصار تقدير ما قال في الكتاب على قول هؤلاء لا يتحالفان عند أى حنيفة رجه الله الآن بشاء
 البائع أن يأخذ الحى ولا يأخذ من غن الميت شيئا فيثبت التحالف لان المذكور قبل الاستثناء التحالف
 دون عين المشتري فكان صرف الاستثناء الى المذكور أولى وبعضهم قالوا لا بل ينصرف الى عين
 المشتري على معنى أن البائع اذا رضى أن يأخذ الحى ولا يأخذ من غن الميت شيئا فيثبت لا يحلف المشتري
 لان البائع اذا عرض عن دعواه لا معنى لتحليف المشتري وهذا مثل الاول في عدم الفائدة ثم قال وقال
 الامام الكيساني رجه الله يأخذ البائع في حق الهالك من المشتري ما يقر به المشتري فيثبت لا يحلف لان
 الاختلاف انما شرع في حق المشتري اذا كان ينكر ما يدعيه البائع من الزيادة فاذا ترك البائع دعوى
 الزيادة وأخذ الحى ورضى به المشتري فلا حاجة الى اختلاف المشتري والصحيح هو ترك دعوى الزيادة
 في الثمن لان ترك غن الهالك لان البائع لا يستر له غن الهالك كله وانما يترك الزائد على ما يقر به المشتري
 ومعنى قوله لا يأخذ شيئا أى لا يأخذ من الزيادة التى يدعيها شيئا وعلى هذا التقدير يكون الاستثناء
 منصرفا الى عين المشتري ومن أصحابنا من قال ينصرف الاستثناء الى التحالف وهو الاظهر لان المانع من
 التحالف وهو الهالك قد زال بخروجه من أن يكون مبيعاً فصار كأن المبيع هو الحى وحده أو برضاهما
 أقر به المشتري من غن الهالك فلم يبق الاختلاف بينهما الا فى غن الحى فيمتثلان فإيهما نكل لزمه
 دعوى الآخر ثم تفسير التحالف على قول محمد رجه الله ظاهر لان الهالك عنده لا يؤثر فصار كأنهما حيان
 واخذوا فى تفسيره على قول أبى يوسف رجه الله فقال بعضهم يتحالفان على القائم بحصته من الثمن دون
 الهالك لان التحالف للفسخ والفسخ لا يرد على الهالك وهذا لا يقوى لان المشتري لو حلف بالله ما اشترى
 القائم بألف يكون صادقا لان من اشترى شيئين بألفى درهم ثم حلف أنه ما اشترى أحدهما بألف كان
 صادقا فلم يتنع عن الحلف فلم ينفذ التحالف فائده والصحيح أن يحلف المشتري بالله ما اشتراهما بألفين فان
 نكل لزمه دعوى الآخر وان حلف يحلف البائع بالله ما باعهما بألف فان نكل لزمه دعوى المشتري وان
 حلف فسخ العقد بينهما فى القائم وسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك من الثمن الذى يقر به
 المشتري فإنه يقسم على قيمتهما يوم القبض فما أصاب الحى سقط وما أصاب الهالك لزم المشتري وان اختلفا
 فى قيمة الهالك فان أقام أحدهما بينة تقبل بينته وان أقام البينة فبينه البائع أولى لانها ثبتت الزيادة وان
 لم يكن لها بينة كان القول قول البائع لانه هو المنكر لان الثمن كله كان واجبا على المشتري ثم المشتري
 يدعى زيادة السقوط بدعوى قلة قيمة الهالك والبائع ينكر ذلك فكان القول قوله وهو قياس ما ذكر فى
 الأصل فى رجل اشترى عبدين وقبضهما ثم رد أحدهما بغير وجهك الا آخر عند المشتري سقط عنه غن ما
 رد ويجب عليه غن ما هلك عنده وينقسم الثمن على قدر قيمتهما وان اختلفا فى قيمة الهالك وأقام أحدهما

(قوله لان المستثنى منه
 عدم التحالف) أى لان
 قوله الا أن يرضى البائع
 مستثنى من عدم التحالف
 اه (قوله وأن لا يحلف)
 كذا هو بخط الشارح اه
 (قوله وتكلموا أن هذا
 الاستثناء) أى وهو قوله
 الا أن يشاء البائع اه (قوله
 وصار تقدير ما قال فى
 الكتاب) أى الجامع الصغير
 اه (قوله ولا يأخذ شيئا آخر)
 أى لا من قيمة الهالك ولا من
 غنه اه (قوله كان صادقا)
 أى وكذا لو حلف البائع
 بالله ما بعث القائم بحصته
 من الثمن الذى يدعيه
 المشتري كان صادقا اه

بينته تقبل بينته وان أقام البينة فيبينة البائع أولى لأنها كثر إثباتا وان لم يكن لها ما يبينه كان القول قول البائع مع عينه لانهما اتفقا على وجوب كل الثمن ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بدعواه أن قيمة الهالك أقل والبائع ينكر فكان القول له أيضا وهذا الفقه وهو أن الايمان يعتبر فيها الحقيقة لأنها تتوجه على أحد الخصمين وهما يعرفان حقيقة الحال فينبغي الأمر عليها والبائع منكر حقيقة فكان القول له وفي البيّنات يعتبر الظاهر لان الشاهدين لا يعلمان حقيقة الأمر فاعتبر الظاهر في حقهما والبائع مدّع ظاهر فلهذا تقبل بينته أيضا وترجح بالزيادة الظاهرة وعند أبي حنيفة رحمه الله أن البائع اذا رضى أن يترك حصة الهالك من الثمن يتخالفان عند بعضهم على الوجه الذي ذكرنا لا يبي يوسف رحمه الله هذا اذا هلك بعضه بعد القبض وان هلك قبله يتخالفان بالاتفاق وكذا لو رد أحدهما بعيب لان الكل يعود الى ملكه فلا يؤدى الى تفرق الصفقة على البائع فعلم بهذا أن التعليل بأن السلعة اسم لجمعية ما غير سديد وأما اختلافهما في بدل الكتابة فالمدّ كونهما قول أبي حنيفة رحمه الله وقال يتخالفان ونسخ الكتابة وهو قول الشافعي رضي الله عنه لان الكتابة عقد معاوضة تقبل الفسخ وكل واحد منهما مدّع على الآخر لان المولى يدعي لارائدا والعبد ينكره والعبد يدعي استحقا والعق على المولى عند ادعاء ما يقر به المولى ينكره فيتخالفان كما اذا اختلفا في الثمن وهو قبل القبض موافق للقياس فيتعدي اليه ولا يبي حنيفة رحمه الله أن البديل في الكتابة مقابل بقل الخ وهو ملك التصرف والبديل للحال وقد سلم ذلك للعبد ولا يدعي على مولاه شيئا وقد بينا ان التحالف بعد القبض على خلاف القياس فلا يتخالفان فيكون القول قول العبد لكونه منكر او انما يصير مقابلا بالعق عند الاداء وقبله لا يقابله أصلا حتى يقال فيه انه اختلاف قبل القبض وهذا نظير الاجرة فانهم مقابله بالعين المستأجرة عند العقد ثم ينتقل الى المنفعة عند الاستيفاء وكذا الكتابة ليست في معنى البيع صورة ومعنى لان صورة البيع للاسترباح وهو مبني على التصديق والكتابة بخلافه والبيع يقبل الفسخ بعد تمامه والكتابة لا تقبل الفسخ بعد التمام فلا تكون في معناه فلا يتخالفان بوضعه أن البيع لازم من الجانبين فالصير الى التحالف فيه مفيد حتى اذا انكسر أحدهما لزمه دعوى الآخر ولا يتحقق ذلك في الكتابة لان المكاتب اذا انكسر لا يلزمه شيء يتمكن من الفسخ بالتعجز والدين فيه غير لازم حتى لا تجوز الكفالة به ولا نسلم أنه معاوضة مطلقة لان الكل مال المولى من وجه فلا يكون في معنى البيع فاذا انعدم التحالف وجب اعتبار الدعوى والانكار فيكون القول للمنكر وهو العبد وان أقام أحدهما بينته تقبل بينته لانه نورد دعواه بها وان أقام البينة كانت بينة المولى أولى لأنها تنبت الزيادة لأنه اذا أدى قدر ما أقام البينة عليه يعتق لأنه أثبت الحرية لنفسه عند ادعاء هذا القدر فوجب قبول بينته على ذلك فصار نظير ما لو كاتبه على ألف درهم على انه ان أدى خسمائة يعتق ولا يمتنع أن يكون عليه بدل الكتابة بعد الحرية كما ذكرنا وكما لو استحق بدل الكتابة فان الحرية لا ترتفع بعد النزول ويجب عليه البديل وأما اذا اختلف في رأس المال بعد اقالة السلم فلان الاقالة في باب السلم ليس يبيع بل هو ابطال من كل وجه فان رب السلم لا يملك المسلم فيه الاقالة بل يسقط فلم يكن فيها معنى البيع حتى يتخالفا فاعتبر فيه حقيقة الدعوى والمسلم اليه هو المنكر حقيقة فكان القول له ولا يعود السلم ولان المقصود من التحالف فسخ العقد حتى يعود كل واحد منهما الى رأس ماله واليه الاشارة النبوية بقوله عليه الصلاة والسلام تحالفوا تراذا والتخالف في الاقالة في السلم لا يفيد هذا المقصود وهو فسخ الاقالة لان الاقالة في السلم بعد تفاقدها لا تحتمل الفسخ بسائر أسباب الفسخ الا ترى أنهم قالوا لا نقضنا الاقالة لا تنقض وكذا لو كان رأس المال عرضا فقبضه المسلم اليه ثم رده عليه بعيب بقضاء قاض ثم هلك قبل التسليم الى رب السلم لا يعود السلم فكذا بالتخالف لا تنقض الاقالة ولا يعود السلم بخلاف الاقالة في البيع حيث تنقض به هذه النواقض والفقه فيه أن المسلم فيه سقط بالاقالة فلما انفسخت الاقالة لكان حكم انفساخها عود المسلم فيه والساقط لا يحتمل العود بخلاف الاقالة في البيع لانه عين فأمكن عوده الى ملك

(قوله فينبى الامر عليها)
أى لتلازم الاقدام على
القسم بجهالة اهـ قوله لان
الشاهدين لا يعلمان
حقيقة الامر أى فإزان
يكون الحال في الواقع على
خلاف ما ظهر عندهما
بهزل أو تجسئة أو غير ذلك
هـ

المشتري قال رحمه الله (وان اختلفا في مقدار الثمن بعد الاقالة تحالفا) معناه اذا اختلفا بعد ما تنقيا لا قبل قبض المبيع بحكم الاقالة فانهم ما يتحالفان اذا لم يكن لهما بينة ويعود المبيع الاول لان التحالف قبل القبض موافق للقياس لما أن كل واحد منهما ممدع ومنكر فيستعدي الى الاقالة كما يستعدي الى الاجارة والى الوارث والى قيمة المبيع فيما اذا استهلك المبيع غير المشتري ولو قبض المبيع بعد الاقالة فلا يتحالفان عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله يتحالفان لانه يرى النص معلولا بعد القبض أيضا قال رحمه الله (وان اختلفا في المهر قضى لمن برهن) أي لمن أقام البينة لانه نورد عواها وهي كاسمها مبنية قال رحمه الله (وان برهنها للمرأة) أي اذا أقام البينة كانت بينة المرأة أولى لانها ثبتت الزيادة والبيّنات للأنثى فكانت أولى هذا اذا كان مهر المثل يشهد للزوج بأن كان مثل ما يدعي الزوج أو أقل لان الظاهر يشهد للزوج وبينه المرأة ثبتت خلاف الظاهر فكانت أولى وان كان مهر المثل يشهد لها بأن كان مثل ما تدعيه أو أكثر كانت بينة الزوج أولى لانها تثبت الخط وهو خلاف الظاهر والبيّنات للأنثى على ما بينا وان كان مهر مثلها لا يشهد لها ولا له بان كان أقل مما ادّعت به المرأة أو أكثر مما ادّعه الزوج فالصحيح أنهم ما يمتثلان لانهم ما استويا في الأنثى لان بينهم اثبتت الزيادة وبينته تثبت الخط فلا تكون احدهما أولى من الاخرى قال رحمه الله (وان عجز) أي عن إقامة البينة (تحالفا ولم يفسخ النكاح) لان عيّن كل واحد منهما ما يلتقي به ما يدعيه صاحبه من التسمية فيسبق العقد بلا تسمية وذلك غير مفسد للنكاح فلا حاجة الى الفسخ بخلاف المبيع قال رحمه الله (بل يحكم مهر المثل فقصي بقوله لو كان كما قال أو أقل وبقوله لو كان كما قالت أو أكثر ولو بينهما) أي بين ما قالته هي وبين ما قاله هو لانه لما انتفى بعينهما التسمية احتج الى تحكيم مهر المثل فيقضى بقول من يشهد له مهر المثل وان لم يشهد له واحد منهما بان كان أقل مما ادّعت أو أكثر مما أقتر به هو قضى بذلك وهذا يخرج الكرخي رحمه الله ويخرج الرأزي خلاف ذلك فانه يبدأ باليمين أولا فيجعل القول لمن يشهد له الظاهر وهو مهر المثل مع عيّن وان لم يشهد له واحد منهما بان كان بينهما تحالفا ويبدأ بين الزوج لتجمل الفائدة وقد بيناه مفصلا في النكاح وعند أبي يوسف رحمه الله لا يتحالفان ويكون القول قول الزوج مع عيّن الا أن يأتي بشئ مستنكر وقد بيناه في النكاح قال رحمه الله (ولو اختلفا في الاجارة قبل الاستيفاء تحالفا) يعني قبل استيفاء المنافع لان الاجارة قبل قبض المنفعة نظير المبيع قبل قبض المبيع من حيث ان كل واحد منهما ممدع على صاحبه ومنكر لما يدعيه صاحبه ومن حيث انه ما يحتمل ان الفسخ وهما عقده معاوضة فان قيل قيام المعقود عليه شرط للتحالف والمنفعة مدومة فوجب أن لا يجري فيها التحالف قلنا في المعدوم يجري التحالف كما في السلم ولأن العين المستأجرة أقيمت مقام المنفعة في حق اراد العقد عليها فصارت كأنها قائمة ثم ان كان الاختلاف في الاجارة بدئ بين المستأجر وان وقع في المنفعة بدئ بين المؤجر وأيهما نكل لزمه دعوى الآخر وأيهما أقام البينة تقبل بينته وان أقامها فبينة المؤجر أولى ان كان الاختلاف في الاجارة وان كان الاختلاف في المنفعة فبينة المستأجر أولى وان كان الاختلاف فيه ما فبينة المؤجر أولى في الاجارة وبينة المستأجر أولى في المنفعة لان البينة للأنثى فما كان أكثر اثباتا كان أولى قال رحمه الله (وبعد لا والقول قول المستأجر) أي ان اختلفا بعد استيفاء المنافع لا يتحالفان وكان القول قول المستأجر مع عيّن لان فائدة التحالف الفسخ والمنافع المستوفاة لا يمكن عقد الفسخ فيها فامتنع التحالف وهذا عندهما ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما وكذا عند محمد لان الهلاك انما لا يمنع عنده في المبيع لما أن له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها ولو جرى التحالف هنا وفسخ العقد فلا قيمة لان المنافع لا تقوم بنفسها بل بالعقد والفسخ يرفع العقد فيبين أنه لا عقد فاذا امتنع التحالف كان القول قول المستأجر لانه هو المنكر قال رحمه الله (والبعض معتبر بالكل) معناه اذا استوفى بعض المنافع وبقي البعض يعتبر كل واحد منهما بالكل حتى يمتنع التحالف في المستوفى ويكون القول فيه قول المستأجر كالأستوفى بالكل

(قوله فيما اذا استهلك المبيع غير المشتري) أي واختار المشتري بقاء العقد وأخذ القيمة ثم اختلفا في الثمن اه (قوله ثم ان كان الاختلاف في الاجارة) أي بان قال المؤجر أجرتك بعشرة وقال المستأجر بل بخمسة اه (قوله لا يمنع عنده) أي التحالف اه

ويجوز التحالف في الباقي ويفسخ العقد فيه كما إذا لم يستوف شيئا وهذا بالاجماع فأبو يوسف رحمه الله مر
على أصله في علائق بعض المبيع فإن التحالف فيه عنده بتقدير بقدر الباقي فكذا هنا وهما خالفوا أصلهما
في المبيع والفرق لمحمد رحمه الله ما بيناه في استيفاء الكل من أن المنافع لا تنقوم إلا بالعقد فلو تخالفا
لا يبقى العقد فلم يكن إيجاب شيء والفرق لا يحنيفة رحمه الله أن العقد في الإجارة ينقد ساعة فساعة
على حسب حدوث المنافع فبصرف كل جزء من المنافع كالمعقود عليه عقد امتدأ على حدة فلا يلزم من تعذر
التحالف في الماضي التعذر فيما بقي أذهما في حكم عقدين مختلفين فيتحالفا في نفسه بخلاف ما إذا هلك
بعض المبيع حيث يمنع التحالف فيه عنده في الكل لأنه عقد واحد فإذا امتنع في البعض امتنع في الكل
ضرورة كما لا يؤدى إلى تفريق الصفقة على البائع على ما بينا قال رحمه الله (وان اختلف الزوجان في متاع
البيت فالقول لكل واحد منهما فيما يصلح له) لأن الظاهر يشهد له والفرق في ذلك بين أن يكون السكاح
قائما بينهما أو لم يكن قائما ومما يصلح للرجل العمامة والقباء والقلنسوة والطيلسان والسلاح والمنطقة
والكتب والقوس والدرع الحديد فيكون القول فيها قوله مع عيने لما بينا ومما يصلح للمرأة الحجار والدرع
والاساور وخواتم النساء والخلى والخلخال وأمثال ذلك فإن القول فيها قولها مع عيने لما ذكرنا إلا إذا كان
الزوج يبيع هذه الأشياء فلا يكون القول قولها للتعارض الظاهرين وكذا إذا كانت المرأة تبيع ما يصلح
للرجال لا يكون القول قوله في ذلك قال رحمه الله (وله فيما يصلح لهما) أى إذا اختلفا فيما يصلح لهما كان
القول قوله لأن المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول لصاحب البيت في الدعوى بخلاف ما يختص بالمرأة
لأن ظاهرها بقاؤه ظاهرة آخر من جهتها فيتعارضان فترجح بالاستعمال من جهتها والذي يصلح لهما الفرس
والامتنعة والأواني والرفيق والعقار والمواشي والنقود قال رحمه الله (فإن مات أحدهما للحي) أى إذا
مات أحد الزوجين واختلف الحي من ماع وورثة الآخر كان المتاع للحي ومراة من المتاع ما يصلح لهما وهو
المشكول وما لا اشكال فيه وهو ما يصلح لأحدهما ولا يصلح للآخر فهو على ما كان قبل الموت وتقوم ورثته
مقامه فيه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وخالفه أبو يوسف في المشكول فقال يدفع إلى المرأة من المشكول
ما يجهز به مثلها والباقي للزوج مع عيने ولو رثته بعد موته وقال محمد مثل ما قال أبو حنيفة أن ما يصلح
لأحدهما فهو له وما يصلح لهما فهو للزوج لأن قوله هذا لا يختلف بين أن يكون في حياتهما أو بعد موت
أحدهما فخالصه أنهم اتفقوا أن ما يصلح لأحدهما فهو له يصلح له في الحياة والموت حتى تقوم ورثته مقامه
واختلفوا فيما يصلح لهما فأبو حنيفة رحمه الله جعل للزوج في حال حياتهما والباقي من ماع بعد موت أحدهما
ومحمد رحمه الله جعل للزوج في الحالتين وأبو يوسف رحمه الله جعل منه للمرأة قدر ما يجهز به مثلها في الحالتين
لأنه أتاني بالجهاز عادة فكان الظاهر شاهد لها وهو أقوى من ظاهر يد الزوج فيبطل به ظاهرها ولا معارض
في الباقي فيعتبر ولهما في الاستواء بين الحالتين أن الورثة يقومون مقام الميت لأنهم خلفاؤه فلا يتغير
الحكم في المشكول بالموت كما لا يتغير في غير المشكول ولا يحنيفة رحمه الله أن يد الباقي منهما أسبق إلى
المتاع لأن الوارث ثبتت يده بعد موت المورث فيقع به الترجيح كما يقع بالصلاحية للاستعمال على ما بينا بل
أولى لأن الميراث جانا مطلقا حتى يرجح به في غير هذا الباب بخلاف الصلاحية ولأن يد الباقي منهما يد
نفسه ويد الوارث خلف عن يد المورث فلا يعارض الأصل وقال زفر رحمه الله المشكول بينهما نصفان
والباقي مثل ما قال أبو حنيفة رحمه الله وعنه أن المتاع كله بينهما نصفان وبه قال مالك والشافعي لأنهما
استويا في سبب الاستحقاق أذهما سا كان في بيت واحد والبيت مع مافيه في أيديهما ولا معنى بالشبهة في
الخصوصيات ألا ترى أن اسكافا وعطارا واختلفا في آلة الأساكفة وآلة العطارين وهى في أيديهما ماضى
بها بينهما نصفان ولا ينظر إلى ما يصلح لأحدهما لأنه قد يتخذ لنفسه أو للبيع فلا يصلح مرجحا وقال الحسن
البصري المتاع كله للمرأة وليس للرجل إلا ما عليه من ثياب بدنه لأن المرأة هى الساكنة فيه ولهذا تسمى
قعيدة ويد صاحب البيت على ما في البيت أقوى وأظهر من يد غيره وفي الدعوى يقدم صاحب اليد وقال

(قوله إلا إذا كان الزوج
يبيع هذه الأشياء) أى أو
كان صانعها اه

(قوله ونخر الاسلام) ليس كذلك بل الذي ذكره نخر الاسلام أنه لنخره كذا نقله لم يكتب المحقق

فصل أي فبين لا يكون خصما **٣١٣** لما ذكر أحكام من يكون خصما شرع فبين لا يكون خصما وقدم الاول

لان الكتاب كتاب الدعوى وهي عبارة عن الخصومة بخبر الكلام الى ذكر من لا يكون خصما فذكر بعده اه اتقاني (قوله في المتن وبرهن عليه) فان لم يكن له دينه على ذلك لم تندفع منه الخصومة الاعلى قول ابن أبي ابيلى لانه منهم في ذلك لدفع الخصومة عن نفسه فلا يسمع من غير حجة (قوله في المتن دفعت خصومة المتدعي) قال الاتقاني هذه مسئلة القدوري ثم قال هذا الذي ذكره القدوري اذا كان العين قائما أما اذا هلك فلا تندفع الخصومة بدعوى هذه الاشياء الا ترى الى ما ذكر في الجامع في باب الرجل يكون خصما فيما لو هلك في يده عبد فادعى انسان عليه ضمان العبد واقام ذوالدينه أنه كان ودعة فلان ونحوه لا تندفع الخصومة عنه لانه يتدعي الدين في ذمته ويجوز أن يكون هو مودع الغاصب فيكون ضامنا له وقد نص الشارح على حكمه لانه العين قربان هذه القولة في الشرح بقوله فصار نظير ما لو ادعاه بعد هلاكها يعني فانه لا تندفع الخصومة فيه بالاتفاق فقد قاس ابن شبرمة المختلف فيه على

ابن أبي ليلى المتاع كله للزوج كيفما كان لان المرأة في يد الزوج فما في البيت أيضا يكون في يده وان كان البيت لها ألا ترى أنه صاحب البيت وأن البيت يضاف اليه فصار بمنزلة المؤجر مع المستأجر اذا اختلفا في متاع المنزل فان القول للمستأجر لكونه مضافا اليه بالسكنى وليس للمؤجر سوى ما عليه من ثياب بدنه فكذا هذا وهذه هي المسبعة وقد ذكرنا الاقوال السبعة بحمد الله تعالى قال رحمه الله (ولو أحدهما مملوك كالفخر في الحياطة والحق في الموت) أي لو كان أحد الزوجين مملوكا واختلفا في متاع البيت كان المتاع للفخر في حال حياته ما والحق منهما بعد موت أحدهما أيهما كان لان يد الفخر أقوى لانها يد ملك ولا كذلك يد المملوك وأما اذا مات أحدهما فلا يد للميت فقلت يد الفخر عن المعارض فكان للحي منهما ماله كذا ذكر الحكم في الهداية والجامع الصغير للصدر الشهد وصدرا الاسلام وشمس الأئمة الحلواني ونخر الاسلام وقاضيان وقال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في شرح الجامع الصغير وكذلك ان مات أحدهما كان المتاع للفخر منهما ثم قال وفي بعض النسخ للحي منهما وهو سهو وهذا على إطلاقه قول أبي حنيفة رحمه الله وقال العبد المأذون له في التجارة والمكاتب كالفخر لانهم ما يدا معبرة في الخصومات ولهذالو اختصم الفخر والمكاتب في شيء وهو في أيديهم ما يقضى به بينهما بالاستواء ما في اليد ولو كان في يد ثالث وأقاما البينة استويا فيه حتى يقضى به بينهما فكذا في متاع البيت وأبو حنيفة رحمه الله يقول ان يد المملوك لا تكون مساوية ليد الفخر فان يده يد نفسه من كل وجه ويد المملوك يد الغير وهو المولى من وجه ولان يد الفخر يد ملك حقيقة ويد المملوك ليست بيد ملك فكانت يد الفخر أقوى فترجحت به في حق متاع البيت ألا ترى أنهم اترجح بالصلاحية فهذا أولى أن يترجح به بخلاف سائر الخصومات فانهم لا اترجح بالصلاحية فكذا لا اترجح بالخبرة لان الظاهر هنا يشهد بالاستعمال فكانت الصلاحية والمالك فيه أقوى دلالة عليه فترجحت وهذا يجاب عن قول زفر ومن قال بقوله في استدلالهم على التخصيف باختلاف العطار والاسكاف في آله أحدهما فيما تقدم والله أعلم

(فصل) قال رحمه الله (قال المتدعي عليه هذا الشيء أو دعيه أو أجره أو أعاره فلان الغائب أو رهنه أو غصبه منه وبرهن عليه دفعت خصومة المتدعي) لانه أثبت بينته أن العين وصلت اليه من جهة الغائب وأن يده ليست بيد خصومة فصار كما اذا أقر المتدعي بذلك أو أثبت ذواليد اقراره به والشرط اثبات هذه الاشياء دون المالك حتى لو شهدوا بالملك للغائب دون هذه الاشياء لم تندفع الخصومة وبالعكس تندفع وقال ابن شبرمة لا تندفع الخصومة ولو أقام البينة لانه بظاهر يده صار خصما ولا يخرج عنه باقامة البينة لان الملك لا يثبت للغائب لعدم الخصم عنه ولا ولاية لاحد في ادخال الشيء في ملك غيره بغير رضاه ونحوه من أن يكون خصما في ضمن ثبوت الملك لغيره فلا يثبت المتضمن بغير أصله كالوصية الثابتة في ضمن البيع بالمحاباة تبطل بطلان البيع فصار نظير ما لو ادعاه بعد هلاكها وأدعى عليه الفعل كالغصب ونحوه وقال ابن أبي ليلى تندفع الخصومة باقراره للغائب من غير اقامة البينة لان كلامه اقرار منه بالملك للغائب والاقرار موجب للحق بنفسه بخلافه عن التهمة فالتحقق بالبينة فيثبت ما أقر به بمجرد الاقرار ألا ترى أن من أقر بعين لغائب ثم أقر به الحاضر فرجع الغائب وصدقه يؤمر بالتسليم اليه وكذا الصحيح لو أقر لغيره بشي فرفض فصدقه المقر له في مرضه كان اقراره اقرارا لصحيح وكذا لو أقر بشي لشخص ثم غاب يقضى عليه به ويؤخذ من ماله ولو لم يكن اقراره موجبا بنفسه لما كان كذلك ولانه لا يخفى لو أمّا أن يكون صادقا أو كاذبا فان كان صادقا فلا خصومة بينهما وان كان كاذبا فقراره على نفسه صحيح فيثبت به أن يده يحفظ لا يرد خصومة قلنا ان بينته أثبتت أمرين الملك للغائب وهو ليس بخصم فيه فلا يثبت

(٤ - زيلعي رابع) المتفق اه (قوله دون هذه الاشياء) أي الايداع والاجارة والاعارة اه (قوله وكذا لو أقر بشي لشخص) أي عند القاضي كإسباني في صفحة هذه القولة في الشرح اه (قوله قلنا) هذا جواب عن قول ابن شبرمة اه

(قوله وقال أبو يوسف آخر الخ) وقول أبي يوسف أولا كقول أبي حنيفة ومحمد إذا أقام البيعة أن فلانا أو دعه يعرفه باسمه ووجهه حيث تقبل الشهادة أو تندفع الخصومة اه اتقاني (قوله وان كان معروفا بالحيل) أي بالتزوير اه غايه (قوله رجع الى هذا القول) أي أبو يوسف اه (قوله لان الخصومة توجهت) اه (قوله وعند أبي حنيفة تندفع الخصومة الخ) قال الاتقاني

فان قال الشهود نعرف فلانا الغائب بوجهه ولكن لا نعرف اسمه ونسبه فكذلك تندفع الخصومة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف لانه ثبت وصول العين الى ذي اليد من جهة غير المدعي فثبت أن يده يد غيره وأنه ليس بخصم وهذا يكفي لدفع الخصومة كما لو أقر المدعي بذلك تندفع الخصومة فكذلك هذا وعند محمد لا تسمع هذه البيعة ما لم يذكر اسم الغائب ونسبه لان ذا اليد خصم باعتبار اليد وهو مالك نقل الخصومة الى غيره أما لا عليك ابطال الخصومة لانه حق المدعي ومتى صار الغائب معروفا بالاسم والنسب كان نقلا وان لم يصرمعروفا لا يتمكن المدعي من الخصومة معه فيكون ابطالا لحق المدعي وان قال الشهود أو دعه ارجل لا نعرف اسمه ولا نعرفه بوجهه وقال ذواليد أعرفه بوجهه لا تندفع الخصومة لان هذه شهادة للجهول ولعل المودع هو المدعي فعلى اعتبار كون المدعي هو المودع

ودفع الخصومة عن نفسه وهو خصم فيه فيثبت في حقه كالمكيل بنقل المرأة أو الامه اذا أقامت بيعة على الطلاق أو العتاق تقبل في حق قصير بدلو كيل دون ثبوت الطلاق أو العتاق على ما بينا من قبل فصار كأن المدعي أقر بذلك أو أثبت اقراره به وهذا لان مقصود ذي اليد اثبات بدو حافظة لنفسه لا اثبات الملك للغائب وهو خصم في اثبات يده فيثبت دون الملك للغائب ولا يمكن دفعها بمجرد اقراره لان الخصومة توجهت عليه بظاهر يده وإلهذا يجبر بالحضور ويؤخذ منه الكفيل فلا يقدر على دفعها الا بحجة كما اذا ادعى حالة غريمه على غيره ولان دفعها بالبيعة يؤدي الى انواء الحقوق لان أحدا لا يجز عنه وقوله وخروج من أن يكون خصما في ضمن ثبوت الملك لغيره الخ قلنا ثبوت الملك يتوقف على قبوله فيتموقف بمواجهه وان دفاع الخصومة منها فيستوقف عليه حتى اذا صدقه تبين أن ملكه كان ثابتا من وقت الاقرار وان يده كانت حافظة لا يندفع الخصومة ولهذا يؤمر بالانكسار الى المقر له اذا حضر ويعتبر حاله من الصحة والمرض في تلك الحالة ويسلم القاضي المقر به الى المقر له اذا غاب المقر به مد اقراره عنده بخلاف ما اذا ادعى العين بعد هلاكها عنده حيث لا تندفع الخصومة عنه وان أقام بيعة على أنها كانت وديعة عنده بالاتفاق لان المدعي بعد هلاك العين يدعي عليه القيمة وهي في ذمته ألا ترى أن القاضي يقضي بها على مودع الغاصب فلا يتبين أن ذمته كانت لغيره وفي العين يتبين وبخلاف ما اذا ادعى الفعل عليه كالغصب وغيره لان ذا اليد صار خصما للمدعي باعتبار دعوى الفعل عليه فلا تندفع الخصومة باقامة البيعة أن العين لغيره ألا ترى أن دعوى الفعل تجوز على غير ذي اليد فلا تندفع بالتحويل ودعوى الملك لا تجوز فتندفع بالتحويل لانه صار خصما له باعتبار يده فاذا أثبت بالبيعة أن يده حافظة وليست بيد خصومة اندفعت الخصومة عنه وقال أبو يوسف رحمه الله آخر ان كان المدعي عليه صاحب الجواب كما ذكرنا وان كان معروفا بالحيل والاتفاق لا تندفع عنه الخصومة وان أقام بيعة أن العين للغائب لان احتمال من الناس يأخذ مال غيره غصبا ويدفعه سرا الى غريب يريد أن يغيب من البلدة ويؤذنه أن يرد له على رأس الاشهاد لم يكن الاشهاد على أن هذا الشيء أو دعه غيره عند ما يدعيه صاحبه فيضيع بذلك ماله فيجب على القاضي أن يتطرق في أحوال الناس ويعمل بمقتضى حالهم رجع الى هذا القول بعد ما ولي القضاء وابتلى بامور الناس وليس الخبر كالعيان وهذا كله فيما اذا قال الشهود نعرف صاحب المال وهو المودع أو المغير باسمه ونسبه ووجهه لان المدعي يمكنه أن يتبعه وان قالوا لا نعرفه بشئ من ذلك لا يقبل القاضي شهادتهم ولا تندفع الخصومة عن ذي اليد بالايجاع لانهم ما أحلوا المدعي على رجل معروف يمكن مخصصته ولعل المدعي هو ذلك الرجل ولو اندفعت لبطل حقه ولانه لو كان المدعي هو المودع لا يبطل وان كان غيره يبطل فلا يبطل بالشك والاحتمال دفعا للضرر عنه ولو قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه لا تندفع الخصومة عند محمد لانهم اتوجهت عليه باليد فلا تندفع عنه الا اذا أحاله على معروف يمكن الوصول اليه كمالا يضر المدعي والمعرفة بوجهه فقط لا تكون معرفة ألا ترى قوله عليه الصلاة والسلام لرجل أت عرف فلانا فقال نعم فقال هل تعرف اسمه ونسبه فقال لا فقال اذا اتعرف وكذا لو حلف لا يعرف فلانا وهو لا يعرفه الا بوجهه لا يثبت فاذا لم يكن معروفا الا بوجهه عند الشهود لا يتمكن المدعي من اتباعه فيتضرر بان دفاعها عنه وعند أبي حنيفة رجه الله تندفع الخصومة عنه لان ذا اليد أثبت بيئته أن العين

لا تندفع الخصومة واليد دليل الخصومة فلا تندفع الخصومة بالشك وان قال الشهود نعرفه بوجهه وقال ذواليد أخذها لا أعرفه بوجهه لا تقبل لانهم شهدوا بزيادة على ما يدعيه ذواليد فصار كذبهم في بعض شهادتهم فان قال ذواليد أعرفه بوجهه وشهوده شهدوا أنه أو دعه ارجل فالقاضي يسأل الشهود هل تعرفونه بوجهه فان قالوا نعم قبلت شهادتهم والا فلا تقبل وان شهدوا على المدعي أنه أقر أن رجلا دفع اليه تقبل وتندفع الخصومة لان الثابت بالبيعة كالثابت بمعاينة ولو أقر المدعي عند القاضي أن رجلا دفعه اليه لا أعرفه

أخذها من غير المدعى وإن يده يد حفظ إذا التزم ودعوى فون المودع بوجهه ويقولون أنه غير هذا المدعى ومقصود ذي اليد إثبات يد حافظة وإن العين ليست لهذا الحاضر وهذه البينة كافية لهذا المقصود وحصول الضرر للمدعى بعدم التمسك من اتباعه مضاف إلى نفسه حيث نسي خصمه أو إلى شهوده حيث لم يعينوا له خصمه فأضر وابه ونحن لا نسلم أنه بمثله لا يثبت التعريف ولكن ليس تعريف خصمه على ذي اليد وإنما عليه أن يثبت أنه ليس بخصم وأن يده يد حفظ وذلك يحصل بمثله ولا يحتاج فيه إلى معرفته من كل وجه وينبغي أن يكون قول أي يوسف على هذا التفصيل الذي ذكرنا ونسب هذه المسئلة الخمسة كتاب الدعوى لأن فيها خمس صور من دعوى الودعة والمارية وغيرها ما وفيها اختلاف خمسة من الأئمة وقد بيناهم بحمد الله تعالى قال رحمه الله (وإن قال استعته من الغائب أو قال المدعى غصبته أو سرق مني وقال ذواليد أو دعيه فلان وبرهن عليه لا) أي لا تدفع الخصومة في هذه الصور وإن أقام المدعى عليه بينة أنه أودعه فلان لأن ذواليد في المسئلة الأولى يدعوا المشترا من الغائب صار معرفته بأن يده يد ملك فيكون معرفته بأنه خصم وفي المسئلة الثانية أن المدعى لما قال لصاحب اليد غصبته مني صار ذواليد خصما باعتبار دعوى الفعل عليه وفيه لا يمكنه الخروج عنها بالأحوال على غيره لأن اليد في الخصومة فيها ليس بشرط حتى تصح دعواه على غير ذي اليد ولا تدفع الخصومة بانهاء حقيقته بخلاف دعوى الملك المطلق وقد ذكرناه من قبل ولو أقام الخارج البينة ف قضى له به ثم جاء المقر له الغائب وأقام بينته على ذلك تقبل بينته لأن الغائب لم يصرمقضا عليه وإنما قضى على ذي اليد خاصة وفي المسئلة الثالثة قول المدعى سرق مني يكون دعوى الفعل عليه في المعنى استحسانا وإنما وجه له بالبناء للفعول لأجل السستر عليه كيلا يقطع فصار كأنه قال له سرقته مني وقال محمد تدفع الخصومة عنه وهو القياس لأنه لم يدع عليه الفعل فصار كما لو قال غصب مني على البناء للفعول ووجه الاستحسان ما بيناه وهذا بخلاف مسئلة الغصب لأنه لم يدع عليه الفعل وليس فيه ما يوجب العدول عنه إذا الحد لا يجب على فاعله فلا يحتج زعن كشفه ولو ادعى أنه اشتراها من ذي اليد وقبضها ونقد الثمن وأقام ذواليد البينة أن فلانا أودعها إياه اندفعت الخصومة وإن ادعى على ذي اليد فعلا لأن المدعى عقد استوفى أحكامه فصار كالعديم فكان كدعوى ملك مطلق حتى لو لم يشهدوا على قبضه لم تدفع قال رحمه الله (وإن قال المدعى استعته من فلان وقال ذواليد أودعته فلان ذلك سقطت الخصومة) لانفاقهما على أن أصل الملك لغير المدعى فيكون وصوله إلى يده من جهة غير المدعى ضرورة فلم يكن ذواليد خصما ولا للمدعى أخذه من يده لأن البينة أن فلانا وكله بقبضه فمأخذه لكونه أحق بالحفظ ولو صدقه ذواليد في ثرائه منه لا يأمره القاضي بالتسليم إليه حتى لا يكون قضاء على الغائب بأقراره وهي بحجية ولو قال ذواليد أودعته وكيل فلان ذلك لا تدفع الخصومة إلا ببينة لأن وصول الدار إلى يده من اليد لم يثبت من جهة من اشترى هو منه لانكار ذي اليد ولا من جهة وكيله لانكار المدعى وكذا لو أثبت بالبينة أنه دفعها إلى الوكيل ولم يشهدوا أن الوكيل دفعها إلى ذي اليد بخلاف المسئلة الأولى وهي مسئلة الكتاب لأن وصول العين إليه من جهة الغائب ثبت بتصادقهما بأقرار ذي اليد وأقرار المدعى ضرورة لأن الشراء منه لا يصح ما لم يكن المبيع في يده والظاهر أنه وصل إليه من جهته ولو قال ذواليد فلانا أودعني العين فقال المدعى كان أودعك إياها ثم وهبها منك أو باعك إياها وأنكر ذواليد استخلف بالله ما وهبها ولا باعها منه فإن نكل عن اليمين جعله خصما لأن تكوله كأقراره بذلك وقد بيناه أن أقراره بالشراء اعتراف منه بأنه خصم وإن حلف لم يكن خصما ولا يحتاج لإقامة البينة بالودعة لأقرار المدعى بها والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

باب ما يدعيه الرجلان

قال رحمه الله (برهنا على ما في يد آخر قضى لهما) يعني إذا ادعى اثنان عينا في يد غيرهما وزعم كل واحد

باب ما يدعيه الرجلان

لماذا كرفها تقدم دعوى الواحد شرع في دعوى الاثنين لأن المثني بعد الواحد له غاية (قوله وعن الشافعي انهما تماران) أي وتجب القسمة بينهما على قوله اه غاية

(قوله وعنه أنه يقرع بينهما) قال الاتقاني بعد حكاية هذين القولين عن الشافعي ويتوقف على القول كذا في وجيزهم اهـ (قوله فتعين التامر) أي لأن القاضي يتعين بالكذب (٣١٦) إحدى البيئتين فلم يمكنه تعيين الصادقة من الكاذبة اهـ غايه (قوله كما في دعوى

منهما أنهما مملكتان ولم يذكرا سبب الملك ولا تاريخه قضى بالعين بينهما لعدم الأولوية وعن الشافعي أنهما يتماثران وعنه أنه يقرع بينهما لأن إحدى الطائفتين كاذبة بيئتين لا شخالة أن يملك شخصان عينا واحدة كل واحد منهما كلها فتعين التماثر لعدم الأولوية كما في دعوى النكاح أو المصرا إلى القرعة لما روي أنه عليه الصلاة والسلام أقرع بين رجلين تنازعا في أمة وأقام كل واحد منهما بيته أنه له فقال اللهم أنت تقضي بين عبادك بالحق ثم قضى بهما من خرجت قرعته ولأن القرعة لتعين المستحق أصل في الشرع كما في القسمة وقال مالك رحمه الله يقضى لأحد لهما بيته لأن الشهادة تصير حجة بالعدالة فلا عدل أقوى في الحجة فلا راحة الضعيف وقال الاوزاعي يقضى لمن كان شهودا أكثر عددا لأن طمأنينة القلب الحاصلة به أرجح ولنا ما روي عن أبي موسى أن رجلين ادعيا بغيره على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فبعث كل واحد منهما بشاهدين فقسمه رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين روى أبو داود وعن أبي موسى أن رجلين اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في دابة ليس لأحد منهما بيته فجعلها بينهما نصفين روى أبو داود والنسائي وأحمد وغيرهم ولا نهما استويا في سبب الاستحقاق وهو قابل للاشتراك فيستويان في الاستحقاق كالوصى لهما بأن أوصى لكل واحد منهما بالثلث فإنه يقسم الثلث بينهما نصفين وكذا الغريم في التركة بخلاف النكاح لأنه لا يقبل الاشتراك فتعين التماثر ولأن البيئتين من حجج الشرع فيجب العمل بهما ما أمكن وقد أمكن هنا لأن الأيدي قد تتوالى في عين واحدة في أوقات مختلفة فيعتمد كل فريق ما شاهد من السبب المطلق للشهادة وهو المدعى فيحكم بالتصنيف بينهما ولا يجوز الترجيح بكون الشهود أعدل لحصول المقصود بالكل وهو الامتناع عن الكذب وكذا لا يجوز الترجيح بكثر العدد لأن الترجيح يكون بقوة في الدليل لا بكثرته وما روي أنه عليه الصلاة والسلام أقرع بينهما من صحفه وهو محمول على أنه كان في وقت كان التماسا باحاثا ثم انتسخ بانتساخ القرار ألا ترى أن القرعة لتعين الاستحقاق به لا يجوز لكونهما قايما فكذا التعيين المستحق وانما يقرع في القسمة لتطبيب القلب ونفي التهمة لا للاستحقاق ألا ترى أن للإمام أن يقسم بلا قرعة فلا يكون ذلك من باب القرار قال رحمه الله (وعلى نكاح امرأه سقطا وهي لمن صدقت أو سبقت بيته) يعني لو أقام اثنتان بيته على أن هذه المرأة زوجته تهاثرت البيئتان لتعذر القضاء بهما إذا النكاح لا يقبل الاشتراك وهي زوجة لمن صدقته منهما لأن النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين فيرجع إلى تصديقهما فيجب اعتباره قولهما أن أحدهما زوجها أو أسبقهما نكاحا إذا كانت في بيت أحدهما أو دخل بها أحدهما فيكون هو أولى ولا يعتبر قولها لأن تمكنه من نقلها أو من الدخول بها دليل على سبق عهده إلا أن يقيم الآخر البينة أنه تزوجها قبل فيكون هو أولى لأن الصريح يفوق الدلالة فلا يعتبر معه فصار نظير ما لو ادعى رجل نكاح امرأه فأقام بيته فخكم له به حتى لا يقبل دعوى أحد النكاح فيها بعد ما لكونها أقوى لاتصال القضاء بهما وهو المراد بقوله أو سبقت بيته أحدهما لأنها لما سبقت وحكم بها تأكدت فلا تنقض بغير المؤكدة إذا أثبت الثابتة أن نكاحه أسبق فيثبت تكون أولى لأن الثابت بالبينة كالثابت عيانا فإصالة أنه ما إذا تنازعا في امرأه فأقاما البينة فإن أترحا وكان تاريخ أحدهما أقدم كان هو أولى وإن لم يؤتخا أو استوى تاريخهما فإن كان مع أحدهما قبض كالدخول بها أو نقلها إلى منزله كان هو أولى وإن لم يؤتخا أو استوى تاريخهما فإن كان مع أحدهما قبض رحمه الله (وعلى الشراء منه لكل نصفه ببدله إن شاء) أي لو أقام كل واحد من الخارجين بيته على الشراء من ذي اليد بلا تاريخ كان لكل واحد منهما نصفه بنصف الثمن إن شاء وإن شاء ترك لأنهما استويا في السبب وجب على القاضي أن يقضى به بينهما التعذر القضاء بكله لكل واحد منهما على ما بينا في تخيير كل

النكاح) يعني لو شهد لكل واحد منهما شاهداً على نكاح امرأه اهـ (قوله ولا نهما استويا الخ) قال شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه وكذلك على هذا الخلاف خارجان ادعيا نتاج دابة وأقاما البينة جميعا وكذلك إذا ادعيا الشراء من واحد وأقاما جميعا البينة والدار في يد ثالث ولم يعرف سبق أحدهما اهـ اتقاني (قوله في المتن أو سبقت بيته) لوقال كالأ سبقت بيته لكان أولى اهـ تأمل (قوله وهي زوجة لمن صدقته منهما) قال شيخ الإسلام علاء الدين الأسدي في آخر باب اختلاف الاوقات في الدعوى من شرح النكاح ولو ادعى رجلان عبدا في أيديهما ولا بينة لهما فقال العبد أنا لأحدهما هذا بعينه لم يصدق وهو لهما لأن أيديهم ما دليل الملك على العبد لأنه ليس له بدافعة فلا يقبل قوله بخلاف ما لو ادعيا امرأة في أيديهما فأقرت لأحدهما حيث يقضى بها لأن المرأة ليست في يد أحد لآخر في بنفسها فاعتبر أقرارها بالزوجية اهـ اتقاني (قوله لتعذر القضاء بكله لكل واحد منهما) أي فإن اختارا لاخذ

رجع كل منهما على البايع بنصف الثمن إن كان نقده الثمن وإن لم ينفده أتى كل واحد منهما بنصف الثمن وإن اختار واحد الراسم الدار كلها للبايع ورجع كل واحد منهما على البايع بجميع الثمن إن كان نقده وإن لم يكن نقده فلا شيء لوالأحدهما على البايع اهـ غايه

(قوله لتغير شرط عقده عليه) فلعلم رغبته في تلك الكل اه هذاية (٣١٧) (قوله فلا يكون له أخذ بعد الانفساخ)

أي لا بتجديد ولم يوجد اه
(قوله في المتن وأن أرخا
فلا سابق) أي لا لما حكنا
للبيع للأول ملكه الأول
فيكون البائع بعد ذلك
بأنعامك غيره فلا يصح اه
انتقائي (قوله كأن صاحب
التاريخ أولى) في الهداية
لشبهت ملكه في ذلك الوقت
واحتتمل الآخر أن يكون
قبله أو بعده فلا يقضى له
بالشك اه (قوله في المتن
والأقل ذي القبض) قال
شيخ الاسلام علاء الدين
الاسيحي في شرح الكافي
للحاكم الشهيد وان لم
يوقت واحد منهما وقتا
وكانت الدار في يد أحده
المدعيين فله قبضه فاضيت
بالمذني في يديه لان القبض
دلالة السبق في حقه لان
القبض انما يكون صحيحا
اذا تقدم عقد فكان أولى
وردا للبائع الثمن على الآخر
(قوله ولا تاريخ معهما) أي
لانهما اذا لم يورخا صار
كأحدهما وقعاما والشراء
أقوى من الهبة اه (قوله
ومثما للملك بنفسه) أي
والمالك في الهبة يتوقف
على القبض اه (قوله
حيث لا يكون الشراء فيه
أولى) أي بل يكون بينهما
نصفين لقول الشارح رحمه
الله فيما يأتي وهو ما في ذلك
سواء اه قوله بل يكون بينهما

واحد منهما لتغير شرط عقده عليه فصار نظير الفضولين اذا باع كل واحد منهما عبدا واحدا من رجل
وأجاز المولى البيعين وهذا لانه لما جهل النار يخجل كأنه باع كله من كل واحد منهما في وقت واحد حكما
وان لم يمكن ذلك حقيقة أو يحتمل على أن البيع لكل واحد منهما مصادره من وكيله وذلك ممكن في وقت
واحد قال رحمه الله (وباء أحدهما بعد القضاء لم يأخذ الآخر كله) أي لو قضى القاضي بينهما وأبى
أحدهما أن يأخذ المبيع بل اختار الفسخ فليس للآخر أن يأخذ كله لانه صار في النصف مقضيا عليه
فانفسخ البيع فيه وانما قلنا ذلك لانه بينه استحق جميعه وكان يسلم له لولا بينة صاحبه ولما قضى
القاضي به بينهما ماصار مستحقا عليه وانفسخ البيع في النصف فلا يكون له أخذ بعد الانفساخ بخلاف
ما لو ترك أحدهما قبل القضاء به بينهما حيث يكون للآخر أن يأخذ جميعه لانه أثبت بينته انه اشترى
الملك وانما يرجع الى النصف بالزاجعة ضرورة القضاء به بينهما ولم يوجد فصار نظير تسليم أحد
الشفعين فانه ان كان قبل القضاء فلا يأخذ كل المبيع وان كان بعده فليس له أن يأخذ الا
النصف لانه يستحق بالسبب كله والانتقام للزاجعة ضرورة القضاء به بينهما على ما بينا قال رحمه الله (وان
أرخا فلا سابق) لانهما لما ادعيا الشراء من ذي اليد اتفاقا على أنه مالك للمبيع ثم أثبت أحدهما الشراء منه
في وقت لا ينارعه فيه أحد فاندفع به الآخر بخلاف ما اذا ادعى كل واحد منهما الشراء من رجل آخر
غير الذي يدعي الشراء منه الآخر حيث لا يترجح فيه صاحب التاريخ السابق لان كل واحد منهما فيه
خصم عن بآئنه في اثبات الملك له وملك بأفعهما لا تاريخ فيه فصار كأن البائعين حضرا وأثبتا الملك
لأنفسهما مطلقا من غير تاريخ وكذا لو أرخت أحدهما ولم تؤرخ الأخرى كان صاحب التاريخ
أولى لان ما اتفاقا على أن الملك للبائع ولم يثبت الملك لهما الا بالتلقي منه وان شراهما ما حادث والحادث
يضاف الى أقرب الاوقات الا اذا أثبت التاريخ فثبت تقدمه به فلهذا كان المؤرخ أولى بخلاف ما اذا
اختلف بآئنهما على ما بينا وبخلاف ما اذا ادعيا الملك ولم يدعيا الشراء من ذي اليد حيث لا يكون
صاحب التاريخ أولى عنه بأي حنيفة ومحمد رحمه الله على ما بين في فرق من قربان شاء الله قال
رحمه الله (والأقل ذي القبض) أي ان لم يكن لهما تاريخ مع أحدهما قبض كان صاحب القبض أولى لان
تمكنه من قبضه دليل على سبق شرائه ولانهما استويا في اثبات الشراء من ذي اليد وترجح أحدهما
بالقبض فلا ينفذ قبضه المعايير المتحقق بالاحتمال والشك حتى لا ينقض بتاريخ الآخر أيضا البقاء
الاحتمال فيه الا اذا أثبت شراعه قبل شراعي السيد فحينئذ يكون هو أولى لانقطاع الاحتمال وهذا
بخلاف ما اذا اختلف بآئنهما ولا أحدهما قبض حيث يكون فيه غير القابض أولى لانهما يحتاجان الى
اثبات الملك لبائعهما أولا فاذا اجتمع فيه في حق البائعين بينة الخارج وبينة ذي اليد فكانت بينة الخارج
أولى وفيما نحن فيه لا يحتاجان الى اثبات الملك للبائع لتبوت بصادقهما فكان المنظر اليه سبب
الاستحقاق لهما فقط والسبب في حق القابض أقوى لتأكده بالقبض قال رحمه الله (والشراء أحق من
الهبة) معناه اذا ادعى أحدهما شراعه من شخص وادعى الآخر هبة وقبض من ذلك الشخص بعينه وأقاما
البينة ولا تاريخ معهما كان الشراء أولى لانه أقوى لكونه معاوضة من الجانبين ومثما للملك بنفسه
بخلاف ما اذا اختلف الملك لهما وكان معهما تاريخ حيث لا يكون الشراء فيه أولى لانهما عند
اختلاف الملك يصير كل واحد منهما خصما عن ملكه حاجته الى اثبات الملك وهما في ذلك سواء وفيما
اذا اتحد الملك لا يحتاجان الى اثبات الملك له لتبوت باتفاقهما وانما حاجتهما الى اثبات سبب الملك
لأنفسهما وفيه يقدم الأقوى وفيما اذا كان معهما تاريخ والمالك لهما واحد كان لأقدمهما تاريخا
لتبوت ملكه في وقت لا ينارعه فيه أحد بخلاف ما اذا كان الملك لهما مختلفا حيث لا يعتبر فيه سبق

نصفين كذا قال الانتقائي اه (قوله لتبوت ملكه في وقت لا ينارعه فيه أحد) وان أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر فالأول أولى أي ما كان
فان كان المؤرخ هو المشتري فلا إشكال لان الشراء من غير تاريخ أولى فاع التاريخ أولى وان كان أرخ الهبة فالهبة أولى لان الشراء متأخر

معنى فيعتبر بما لو كان متأخرا حقيقة بأن أرخ صاحب الشراء منذ ستة أشهر وصاحب الهبة منذ سنة وانما قلنا ذلك لأن الشراء حادث والاصل في الحوادث اذ لم يعرف حال حدوثها أنه يحكم بمحدثها (قوله ولا ترجع للصدقة بالزوم) جواب عن سؤال مقدّر بان يقال ان الهبة مع القبض والصدقة مع القبض (٣١٨) سواء حتى يكون العين بين المدعين نصفين وكان ينبغي أن تكون الصدقة أولى لانها

التاريخ على ما ينسب من قريب ان شاء الله تعالى وكذا الشراء مع الصدقة في جميع ما ذكرنا من الاحكام لما ينشأ من المعنى ودعوى الهبة والصدقة مع القبض فيها مستوية وان لا استواء في وجه التبرع ولا ترجيح للصدقة بالزوم لان اثر الزوم يظهر في ثانی الحال وهو عدم التمكن من الرجوع في المستقبل والترجح يكون بمعنى قائم في الحال ولان الرجوع انما يمنع لحصول المقصود وبها وهو الاجر للقوة في السبب ولو حصل المقصود بالهبة لا يرجع أيضا كما اذا كانت لذی الرحم المحرم أو عتقه الموهوب له عنها والصدقة قد لا تكون لازمة بان كانت لغنى وهذا فيما لا يحتمل القسمة من غير خلاف لان الشيوخ لا يضرونه واختلاف فيما يحتمل القسمة والاصح أنه لا يصح لانه تنفيذ الهبة في الشائع فصارت كاقامة البيتين على الارتمان وقيل هذا قول أبي حنيفة وعندهما يجوز بناء على أن هبة الواحد من اثنين جائز عندهما خلافا له وهذا لان المالك يستغني بقضاء القاضى وقضاؤه كهبة الواحد من اثنين وقيل يجوز بالاجماع لان الشيوخ طارئ اذ كل واحد منهما ما أثبت قبض الكل ثم حصل الشيوخ بعد ذلك وذلك لان منع هبة الهبة والصدقة والاصح أنه لا يجوز بالاجماع لانا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف بقضى له بالعقد الذى شهد به شهوده وعند اختلاف العقدين لا يجوز الهبة من رجلين بالاجماع وهذا فيما اذا لم توفت البيتان ولم يكن مع واحد منهما قبض وأما اذا وقتا فصاحب الوقت الاقدم أولى وان لم وقتا ومع أحدهما قبض كان هو أولى وكذا ان وقت صاحبه على ما ينشأ في الشراء من ذی اليد قال رحمه الله (والشراء والمهر سواء) يعنى اذا ادعى أحدهما شراء عين من رجل وادعت امرأة أن ذلك الرجل تزوجهما على ذلك العين فهما سواء لاستواء البينتين في القوة لان كل واحد منهما مقدم معاوضة ومثبت للملك بنفسه بخلاف الهبة والبيع على ما ينشأ ثم للمرأة نصف العين ونصف قيمة العين على الزوج لاستحقاق نصف المسمى وللشترى نصف العين ويرجع بنصف الثمن ان شاء وان شاء فسخ العقد لتفرق الصفقة عليه وهذا عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله الشراء أولى ولها على الزوج قيمة العين لان العمل بالبينتين ممكن فيصاويله اذا بينته من حجج الشرع والعمل بهما ممكن واجب وقد أمكن العمل بهما بتقديم الشراء اذ النكاح على عين مملوكة للغير جائز ونجب قيمته عند تعذر تسليمها بخلاف العكس لان تقديم النكاح مبطل للبيع اذ لا يجوز بيع ملك الغير من غير اجازة المالك قلنا المقصود من السبب حكمه وحكم النكاح ملك المسمى فيه ومتى قدر متأخر الموجب حكمه فلا يصار اليه كالا يصار الى تأخر الشراء فيجعل كأنهما وقعا معا وهما سواء في افادة ملك العين فلا يقدم أحدهما على الآخر كدعوى الشراء منهما بل القياس أن يكون النكاح أولى من الشراء لانه أقوى ألا ترى أنه يقدم ملك العين والتصرف بنفس العقد ولا يبطل بالهلاك قبل التسليم الا أناسو يباين بينهما الماذكرنا ولان فيما قاله محمد رحمه الله اثبات تاريخ لم يشهد به أحد وهو لا يمكن اثباته بالبحجة قال رحمه الله (والرهن أحق من الهبة) يعنى لو ادعى أحدهما رهنا وقبضا والاخر هبة وقبضا من صاحب اليد وأقاما البينة ولم يكن مع واحد منهما تاريخ ولا قبض كان الرهن أولى وهذا استحسان والقياس أن تكون الهبة أولى لانها تثبت للملك والرهن لا يثبت فكانت البينة الماثبة للزيادة أولى وهذا رواية كتاب الشهادات وجه الاستحسان أن الرهن مضون والهبة أمانة والمضون أقوى فكان أولى بخلاف الهبة بشرط العوض لانها بيع انهاء والبيع أولى لكونه عقد ضمان ثبت للملك

تثبت الملك الا لزوم من الهبة لانها تثبت ملكا غير لازم فأجاب عنه بما قال وهو أن لزوم الصدقة باعتبار المسأل حيث لا يجوز الرجوع فيها لا باعتبار الحال والترجح انما يكون بالامر الثابت في الحال فلا ترجح الصدقة اه اتقاني (قوله) وهذا فيما لا يحتمل أى كون الهبة والصدقة سواء فيما لا يحتمل القسمة كالعبد والذابة صحيح هذا بالاتفاق اه اتقاني (قوله) واختلافوا فيما يحتمل القسمة قال الاتقاني قوله وكذا فيما يحتمل القسمة عند البعض أى الهبة والصدقة سواء أيضا عند البعض فيما يحتمل القسمة كالدار ونحوها ويتضى بينهما نصفين وهو قولهما لان الشيوخ طارئ وعند البعض لا يصح ولا يقضى لهما بشئ وهو قول أبي حنيفة لانه تنفيذ الهبة في الشائع اه وكتب مانصه قال الامام الاسيحاى في شرح الطحاوى وان كان مما يحتمل القسمة كالدار ونحوها فلا يقضى لهما بشئ عند أبي حنيفة وعندهما يقضى بهما بينهما

نصفين ولو كان في يد أحدهما قضى له بالاجماع الى هنا لفظه اه اتقاني (قوله فهما سواء) هذا اذا لم يورثا وأرخا وتاريخهما للحال على السواء أما اذا أرخا وتاريخ أحدهما سبق فالسابق أولى كما في دعوى الهبة مع الشراء اه غاية (قوله) والعمل بهما ممكن واجب حسنا للظن بالشهود اه اتقاني (قوله) لم يشهد به أحد أى لانه يجعل الشراء مقدما على النكاح ولم يشهد بتقديمه أحد كما هو فرض المسئلة اه كما في (قوله) والرهن لا يشته) أى بل ثبت اليد والمالك أقوى من اليد اه (قوله) بخلاف الهبة بشرط العوض) أى فانها أولى من الرهن اه اتقاني

للحال صورة ومعنى والرهن لا يثبت الا عند الهلاك معنى لاصورة قال رحمه الله ولو برهن الخرجان على الملك والتاريخ أو على الشراء من واحد فالسبق أحق أي لو أقام الخرجان البينة على الملك المطلق والتاريخ أو على الشراء من واحد غير ذي اليد وعلى التاريخ كان أسبقهما تاريخاً أولى وفيهما أما الأولى فالمراد ما ذكره في أول الباب وإنما أعاده هنا لأجل ذكر التاريخ وإنما كان أسبقهما تاريخاً أولى لأنه أثبت ملكه في وقت لا ينافيه فيه أحد وجعل الكرخي هذا القول متفقاً عليه لأن دعوى ملك مطلق دعوى التملك من جهة المدعى عليه لأن ما يستحقه على ذي اليد من الملك الثابت بظاهر يده يعتبر استحقاق الملك على ذي اليد فيكون تملكاً من جهة - والتاريخ معتبر في دعوى التملك فصار كالوادي التملك بالشراء من جهة المدعى عليه وجعل صاحب الامالي أن هذا قول أبي حنيفة وقول محمد رحمه الله أولاً وهو قول أبي يوسف رحمه الله آخر وفي قول محمد آخر وهو قول أبي يوسف أولاً وهو بينهم لأنه لا عبرة للتاريخ في دعوى الملك المطلق لأنه دعوى أولية الملك معنى حتى يستحق بزوائده المتصلة كالنتاج والمقصود من اثبات التاريخ اثبات زيادة الاستحقاق على خصمه لترجح بينه على بينة الخصم فأثبت زيادة الاستحقاق لا تنصور في دعوى أولية الملك فكان المتقدم والتأخر فيه سواء ولو أرخت احدهما دون الأخرى فهم سواء عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف المؤرخ أولى وقال محمد المهمم أولى لأن البينة على الملك المطلق تدل على الملك من الأصل على ما بينا ألا ترى أنه يستحق به الأولاد والاكساب وملك الأصل أولى من التاريخ ولا يبي يوسف رحمه الله أن المؤرخ ملكه متيقن في ذلك الوقت ولم يتيقن بملك الآخر فكان المتيقن أولى من المحتمل فصار نظير ما لو ادعى الشراء من واحد ولا يبي حنيفة رحمه الله أن المهمم محتمل أن يكون أقدم فلا يترجح المؤرخ مع الاحتمال بخلاف ما إذا ادعى الشراء من واحد لانهم ما اتفقا على الحدوث فيه ضاف إلى أقرب أو قاته ما لم يؤثر فاذا أثر دخل على سبق ملكه فترجح به على الآخر وإن لم يؤثر واحد منهما ففهم ما سواء على ما ذكرناه في أول الباب وكذا إذا أرخا تاريخاً واحداً لعدم المرجح وأما الثانية فلا نهم ما إذا ادعى الشراء من شخص واحد فقد اتفقا على أن الملك له فمن أثبت منهما التلقي من جهة في زمان لا يراجه فيه أحد كان أولى لاتفاقهما على أن الملك لا يثبت الا بالتلقي منه بخلاف ما إذا كان كل واحد منهما يدعى الشراء من شخص آخر غير الذي يدعى منه صاحبه الشراء على ما يحكي من قريب أن شاء الله تعالى ولو لم يؤثر خافهم ما سواء وإن أرخت احدهما دون الأخرى فالمؤرخ أولى لما بينا وإن كان مع أحدهما قبض كان هو أولى ولو أرخ الآخر ما لم يثبت أنه أقدم تاريخاً فخالصه أن هذه المسئلة مثل المسئلة الماتة مقدمة وهي إذا ادعى الشراء من ذي اليد في جميع ما ذكرناه من الأحكام حتى لو ادعى أحدهما الشراء والآخر الهبة والقبض أو ادعى أحدهما الشراء والآخر المهر أو أحدهما الرهن والآخر الهبة كان الجواب فيها في جميع صورها كالجواب في تلك على ما بينا والجامع بينهما أن المدعين في المسئلتين اتفقا بدعواهما الشراء من شخص واحد على أن الملك كان له وإن الملك لغيره لا يثبت الا بالتلقي منه فكان حكمهما واحداً قال رحمه الله (وعلى الشراء من آخر وذكرا تاريخاً استتوباً) يعني لو أقام كل واحد منهما بينة على الشراء من رجل غير الذي يدعى الشراء منه صاحبه كانا سواء حتى يكون بينهما نصفين سواء كان تاريخ أحدهما أقدم أو لم يكن لأن كل واحد منهما يثبت الملك لذاته وملكاً بالتعدي مطلق ولا تاريخ فيه فيثبت لكل واحد من البائعين ملك مطلق فيكون بينهما قصار كما إذا حضر البائعان وادعى الملك من غير تاريخ وكذا لو ذكر أحدهما تاريخاً دون الآخر فهم سواء لأنه لا يترجح باقعة حقيقة فكيف يترجح بالاحتمال بخلاف ما إذا كان الملك لهما واحد حيث يكون أقدمهما تاريخاً أولى لأن ملكاً بالتعدي ما يثبت باقرارهما فلا يتصور التملك الا من جهته فاذا ملكه لاحدهما خرج عن ملكه فكان البيع الثاني من غير مالك فلا يجوز وكذا لو أرخ أحدهما كان المؤرخ أولى به لما ذكرناه من قبل ولو ادعى شخص هبة وقبضاً من رجل وادعى آخر شراء من غيره وادعى

(قوله لمملكهم) هو بالافراد في خط الشارح (٣٣٠) اه (قوله ثم رجع عنه) قال القدوري في التفرير ذكر ابن سماعة عن محمد انه

ثالث ميراث من غيرهم ما وادى رابع صدقة وقضامن غيرهم وأقاموا البيعة قضى بينهم أربع باعاس واه
كان معهم تاريخ أو مع بعضهم أو لم يكن لما ذكرنا أنهم يثبتون الملك لمملكهم وذلك لا تاريخ فيه
ولا يقدم الاقوى هنا لما ذكرنا من قبل قال رحمه الله (ولو برهن الخارج على ملك مؤرخ وتاريخ
ذو اليد أسبق أو برهننا على النتاج وسبب ملك لا يتكرر أو الخارج على الملك وذو اليد على الشراء منه
فذو اليد أحق) يعني في المسائل الثلاث أما في الأولى فالمدعى كقول أبي حنيفة وأبي يوسف رجعهما
الله ورواية عن محمد رحمه الله ثم رجع عنه فقال لا تقبل بيعة ذي اليد في الملك المطلق أصلاً لان
البيعة في الملك المطلق تثبت وأولية الملك فيستوى فيها التقديم والتأخر فصاروا كأنهم ما قاموا على الملك المطلق
بخلاف ما اذا ذكر السبب كالشراء ونحوه لانها يثبتان الحدوث وفيه الأقدم أولى ما لم يدع المتأخر التلقي
من جهة التقديم وجه قولهما أن البيعة مع التاريخ تدفع ملك غيره في وقت التاريخ وبيعة ذي اليد على
الدفع مقبولة فلا يثبت الملك لغيره بعده إلا بالتلقي من جهة وهو لم يدع ذلك ولو استوى تاريخهما أو لم يكن
معهم تاريخ أو كان مع أحدهما دون الآخر كان الخارج أولى لان بيئته تثبت غير الظاهر وبيعة ذي اليد
لا تثبت غير ما ظهر باليد والبيانات لا تثبت فكانت بيعة الخارج أولى ما لم يثبت ذو اليد التقديم عليه
صريحاً بالأحتمال وفيما اذا أرخت بيعة ذي اليد وحدها خلاف أبي يوسف فإنه يقول بيعة ذي اليد
أولى فيها وهو رواية عن أبي حنيفة لان ملكه ثبت في وقت متقدم يتيقن وملك الآخر محتمل فلا راحم
التيقن فصار كما اذا أرخت احدهما في دعوى الشراء من واحدة لاني بيعة ذي اليد لا تقبل الا اذا تضمنت
الدفع ولم تضمن هذا الاحتمال أن يكون ملك الخارج أقدم بخلاف ما اذا ادعى الشراء من واحد حيث
يكون صاحب اليد أولى في الصور كلها الا اذا أرخا وكان تاريخ الخارج أقدم لان عكسه من القبض يدل على
سبقه على ما بينا ولو كان المدعى في أيديهم وأرخا كان أقدمهما تاريخاً أولى عندهما ما بينا أن بيعة ذي
اليد مقبولة عندهما للدفع وعند محمد هو بينهما لانه لا يعتبر الوقت في الملك المطلق ولو أرخت احدهما
دون الاخرى والمسئلة بحالها كان بينهما عند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد لان أبا حنيفة لا يعتبر التاريخ
من أحد الجانبين في الملك المطلق الاحتمال على ما بينا ومحمد رحمه الله لا يعتبره بالكيفية فيكون بينهما
وعند أبي يوسف رحمه الله هو المؤرخ منهما لان تاريخ الواحد معتبر عنده لتيقن ملكه في ذلك الوقت
واحتمال الآخر على ما بينا فرجح بالتيقن وأما الثانية وهي ما اذا أقام البيعة على النتاج أو على سبب
آخر لا يتكرر فلان بينهما ما أقام على ما لا تدل عليه اليد فاستويا في الاثبات وترجحت بيعة صاحب
اليد باليد فيمضي له به ولا عبرة للتاريخ لان أولية الملك تستوعب كل تاريخ فلا يفيد ذكره من أحدهما أو
منهما المتخذ التاريخان أو اختلافاً ما لم يذكر تاريخاً مستحيلاً بأن لم يوافق سن المدعى والقياس أن يكون
الخارج أولى لانهم استويا في اثبات أولية الملك وترجح الخارج باثبات ما لا تدل عليه اليد وهو الملك
لنفسه فكان أولى وبه قال ابن أبي ليلى وقال عيسى بن أبيان تهازت البيعتان ويترك في يد ذي اليد لا على
وجه القضاء لان أحدهما كاذب يتيقن لاستحالة نتاج دابة من دابتين فصارت نظير الشهادة بالقتل في مكانين
وجه الاستحسان ما روى أنه عليه الصلاة والسلام قضى لذي اليد بباقة بعدما أقام الخارج بيعة أنها باقة
تجها أو أقام ذو اليد البيعة أنها باقة تجها ولان اليد لا تدل على أولية الملك فكان مساوياً للخارج فيها
فثبتاها يدفع الخارج وبيعة صاحب اليد مقبولة للدفع ألا ترى أنهم ما لو أرخا في دعوى الشراء وبيعة ذي
اليد أقدم تقبل بالاجماع وكذا في الملك المطلق عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجعهما الله لهما فيهما من ضمن
معنى الدفع فكذا هنا ولا يلزم ما اذا ادعى الخارج الفعل على ذي اليد كالغصب والاجارة والعارية حيث تكون
بيعة الخارج أولى وان ادعى ذو اليد النتاج لان بيعة الخارج في هذه الصور أكثر اثباتاً لانه تثبت الفعل

رجع عن هذا بعد عودهم من
الرقعة سنة ثلاث وثمانين
ومائة وقال الخارج أولى اه
انقضى (قوله وفيه الأقدم)
أي سواء كان البيع واحداً
أو اثنين اه (قوله ولو كان
المدعى الخ) الحاصل أن
الخلاف متحد فيما اذا كان
المدعى في أيديهم ما ووقنا
وتاريخ أحدهما أسبق
وفيما اذا كان في يد أحدهما
ووقنا وتاريخ أحدهما
أسبق اه (قوله والمسئلة
بحالها) يعني به قوله ولو كان
المدعى في أيديهما اه كأي
(قوله وهي ما اذا أقام)
أي الخارج وذو اليد اه
وكتب ما نصه قال شيخ
الاسلام علاء الدين الاسيحي
في شرح الكافي واذا كانت
الدابة في يدي رجل فادعى
رجل أنها دابته نتجها عنده
وأقام البيعة على ذلك وأقام
الذي في يديه البيعة أنها
دابته نتجها عنده فإنه يقضى
بها للذي هو في يديه أخذ
هذه الدابة والقياس أن
لا يقضى بواحدة منهما
لانهما متعارضان في الاثبات
ونيس أحدهما بأولى من
الآخر لكننا نرد القياس
بالسنة وهو ما روى محمد عن
أبي حنيفة عن الهيثم عن
رجل عن جابر أن رجلاً
ادعى ناقة في يدي رجل
وأقام البيعة أنها ناقته

نتجها عنده وأقام الذي هو في يديه أنها ناقته نتجها فقضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم للذي هو في يديه
(قوله لا على وجه القضاء) حتى يخلف ذو اليد للخارج على ما سيبي قريباً اه (قوله فكان مساوياً للخارج فيها) أي في دعوى النتاج اه

(قوله وما قاله عيسى الخ) هذا الذي ذكره الشارح من الرداعية ووجهه على (٣٣١) عيسى لو كان عيسى شارحاً لكلام محمد أم ماذا

كان ما قاله عيسى مذهباً له
لا لمحمد كيف برده عليه
بمذهب محمد أه قارئ
الهداية (قوله بصار إلى
التحليف) أي تحليف ذي
اليد الخارج عند عيسى
وعندنا لا يحلف لأنه يقضى
بما الذي اليد قضاء استحقاق
أه (قوله وسبب ملك
لا يتكرر) يعني إذا أقام
البينة على نسج ثوب فيما
لا يتكرر نسجه كغزل
القطن كان ذو اليد أولى
لأن ما لا يتكرر في معنى
النسج وهو لا يتكرر وكذلك
حلب اللبن فإذا أقام كل
واحد منهما البينة أن هذا
اللبن حلب في ملكه وكذلك
اتخاذ الحبوب بأن أقام كل
واحد منهما البينة أن الحبوب
له صنعه في ملكه وكذا
اتخاذ اللبذ والمرعى أنه
صنعه في ملكه وكذا
الصوف إذا أقام رجل
البينة أنه صوفه بخر من
غنمه وأقام ذو اليد بينة على
مثل ذلك كان ذو اليد أولى
أه اتفاقاً (قوله وذلك
مثل حلب اللبن) أي كما إذا
قال حلب هذا اللبن في
ملكي أه فرشتاً (قوله
واتخاذ الحبوب واللبذ الخ)
قال الاتفاقى وكذلك
الغرس وزراعة الحبوب
فتكر رفاة بغرس في موضع
ثم يقطع وبغرس ثانياً وكذلك
الحبوب تزوع ثم تغسر بل

على ذي اليد وهو الغصب وأشباهه أذهو غير ثابت أصلاً وأولية الملك أن لم يكن ثابتاً باليد فأصل الملك
ثابت بها ظاهراً فكان ثابتاً باليد من وجهه دون وجهه فكان أثبات غير الثابت من كل وجه أولى إذا البينة
للأثبات وما قاله عيسى غير صحيح لأن محمد إذا كرفي خارجين أقام كل واحد منهما البينة على النتائج أنه
يقضى به بينهما ولو كان الطريق ما قاله هو لمتنا وكذا لو كانت الشاة المذبوحة في يد أحدهما والسواقط
في يد الآخر وأقام كل منهما البينة على النتائج يقضى بهما بالسواقط من في يده أصل الشاة ولو كان الطريق
ما ذكره ترك في يد كل واحد منهما ما في يده وغرة ما قاله تظهر في التحليف لانهما إذا تباينتا بصار إلى التحليف
ولو أقام الخارج البينة أنه اشتراه من فلان وأنه ولد عنده وأقام ذو اليد البينة أنه اشتراه من فلان آخر وأنه
ولد عنده كان ذو اليد أولى لأن كل واحد منهما خصم في اثبات نتائج بائعه كما أنه خصم في اثبات الملك له ولو
حضر الباقعان وأقاما البينة على النتائج كان صاحب اليد أولى فكذلك من قام مقامهما ولو أقام أحدهما
على الملك والآخر على النتائج كان صاحب النتائج أولى أيهما كان لأنه ثبتت أولية الملك وبعده لا يملكه غيره
إلا بالتلقي من جهته وكننا لو كان الدعوى بين الخارجين لما ذكرنا ولو قضى بالنتائج لصاحب
اليد ثم أقام ثالث البينة على النتائج يقضى له إلا أن يعيدها ذو اليد لأن الثالث لم يصرمه قضياً عليه بخلاف
له أن يدعيه وكذا المقضى عليه بالملك المطلق لو أقام البينة على النتائج تقبل بينته وينقض القضاء
لأن الخارج لم يستحق على ذي اليد شيئاً لأن ملك ذي اليد ثبت بالنتائج صريحاً وبعد ما ثبت الملك له به
لا يتصور أن يكون للخارج بذلك السبب لأن النتائج لا يتكرر فلا يمكن أن يجعل ما استحققه الخارج من
الملك الثابت لذى اليد بظواهر اليد مستحقاً على ذي اليد بخلاف دعوى الملك المطلق لأنه كما يحتمل أن
يكون له من الأصل يحتمل أن يكون له من جهة صاحب اليد فأمكن أن يجعل ما استحققه الخارج من
الملك الثابت لذى اليد بظواهر اليد مستحقاً على ذي اليد فجعل كذلك في حق ترجيح بينة الخارج على بينة
ذو اليد فإذا لم يصرمه قضياً عليه في حق النتائج تقبل بينته كما تقبل بينة الأجني لأنه بمنزلة نص ترز
بخلاف ما إذا ادعى ذو اليد الملك المطلق حيث لا يحكم له به للاحتمال الذي ذكرنا آنفاً فصار الأصل أن من
صاره قضياً عليه في حادثة لا يقضى له فيها والاقتضى له فيها وقوله وسبب ملك لا يتكرر معناه كل سبب
لا يتكرر في الملك إذا ادعاه صاحب اليد كان حكمه حكم النتائج في جميع ما ذكرنا من الأحكام وذلك مثل حلب
اللبن واتخاذ الحبوب واللبن والصوف والمرعى وغزل القطن والسكنان ونسج الثوب من غزلهما وإن كان
يتكرر قضى به للخارج وهو مثل الخبز والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب لأن ثوب الخبز والصوف
والشعر إذا بلا ينقض ويغزل مرة أخرى ثم ينسج فيحتمل أن ذا اليد نسجه ثم غصبه الخارج ونقضه ثم
نسجه فيكون ملكاً له بهذا الطريق فلم يكن في معنى النتائج بل بمنزلة الملك المطلق وكذا غيره لأن البناء
والغرس وزراعة تأتي في التكرار وإن أشكل عليهم يسئل عدول أهل الخبرة بذلك لقوله تعالى فاسألو
أهل الذكر أن كنتم لا تعلمون والواحد منهم يكتفي بالاحوط الاثنان وإن أشكل عليهم قضى به للخارج لأنه
الأصل والعدول عنه بخبر النتائج فلا يلحق به إلا ما هو في معناه من كل وجه بشرط أن يبين في الدعوى
نصاً أن ذلك السبب وجد في ملكه حتى إذا قال كل واحد منهما أو ذو اليد وحده نسجت هذا الثوب أو
نسجت هذه الدابة عندي كان الخارج أولى لأن الإنسان ينسج لغيره وتلد دابة الغير عنده فلم يكن فيه
دلالة على أن الثوب نسجه في ملكه وأن الدابة ولدت في ملكه فبقي دعوى مطلق اليد وفيه الخارج أولى
ولا تقبل بينة ذي اليد فيه حتى ينص عليه ويقول نسجته في ملكي أو نسج في ملكي أو ولدت الدابة في ملكي
وعلى هذا لو قال هذا جبن اتخذته أنا أو قال اللبن الذي اتخذته هذا الجبن ملكي أو الشاة التي حلب منها
لبسه ملكي كان الخارج أولى لما ذكرنا ولو قال اتخذته في ملكي أو حلب لبسه في ملكي كان ذو اليد

(٣٤١ - زيلعي رابع) فتزرع مرة أخرى أه (قوله إذا بلا) كذا بخط الشارح وصوابه إذا بلى قال في المصباح بلى الثوب يبلى
من باب تعب بلى بالكسرا أه قال الكاكي والخز اسم دابة ثم سمي الثوب المتخذ من وبره خزا قيل هو ينسج فإذا بلى يغزل مرة أخرى ثم ينسج أه

أولى وعلى هذا لو أقام الخارج البيئته أن فلانا القاضى قضى له بها بالبيئته وأقام ذوا البيئته اثبتت في ملكه كان ذوا البيئته أولى عند محمد رحمه الله لما ذكرنا وعندهما الخارج أولى لأن القضاء قد صرح ظاهره ويحتمل أنه اشترا من ذى اليد فلا يثبت قضاءه ما لم يظهر خطؤه بيقين وأما الثالثة وهى ما إذا أقام الخارج البيئته على الملك وأقام ذوا اليد البيئته على الشراء منه فلا الخارج أثبت الملك لنفسه بينته وأثبت ذوا اليد التلقى منه فيكون له بحكم التلقى منه وإقراره بأنه له في ضمن دعوى الشراء منه لا يمنع صحة دعواه وقبول بينته كما إذا أقر له بالملك صريحا ثم ادعى بعد ذلك أنه اشترا منه في زمان يمكن الشراء منه لأنه لا تنافي إذا التوفيق يمكن قال رحمه الله (ولو برهن كل على الشراء من الآخر ولا تاريخ سقطا وترك الدار في يد ذى اليد) أى لو أقام كل واحد من الخارج وذى اليد والخارجين أو ذوى الأيدي البيئته على الشراء من صاحبه ولا تاريخ لهما ثم اثبت البيئتان ويترك المدعى في يد ذى اليد لا على وجه القضاء وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله إن كانت في يد أحدهما يقضى بالبيئتين وتكون الخارج لا مكان العمل بما يجعل ذى اليد مشتريا من الخارج وقبضه ثم باعه منه ولم يقبضه فيؤمر بالدفع إليه لأن تمكنه من القبض دلالة السبق على ما مر ولا يعكس لأن البيع قبل القبض لا يجوز وإن كان في العقار عنده ولهما أن الأقرار بالشراء من صاحبه أقرار منه بالملك له فصارت بيئته كل واحد منهما كأنها قامت على إقرار الآخر وقبضه التهاثر بالإجماع لتعذر الجمع فكذا هذا ولا يثبت من القضاء ما القضاء لذى اليد بمجرد السبب من غير أن يثبت عليه حكم وهو الملك وذلك باطل لأنه يؤدي إلى بطلان السبب إذا سبب لم يشرع إلا حكمه فإذا لم يثبت حكمه لم يكن مشروعا كطلاق الصبي وعناقه فإذا لم يكن مشروعا يخرج من أن يكون سببا لأن سببته بالشرع وإنما قلنا ذلك لأنه لا يمكن الحكم لذى اليد إلا بملك مستحق فيلزم منه القضاء له بمجرد السبب وأنه لا يجوز ثم لو شهدت البيئتان بقبض الثمن تقاضا كان الثمنان من جنس واحد وتساويا وإن كان أحدهما أكثر رجح بالزيادة وإن اختلفا جنسا رد كل واحد منهما ما قبض لأنه مضمون عليه وإن لم يشهدوا بقبض الثمن لا يتأتى التقاض عندهما لعدم الوجوب وعند محمد رحمه الله يتأتى لوجوبه عنده ولو شهدا لغيره كان بالبيع وقبض المبيع تهاثر البيئتان بالاتفاق لتعذر التوفيق أما عندهما قضاها على ما بينا وأما عند محمد رحمه الله فلا لأن البيئتين وإن كانا جائزين لوجودهما بعد القبض لكن ليس فيهما ذكر التاريخ ولا دلالة حتى يجعل أحدهما سابقا والآخر لاحقا بخلاف ما إذا لم يذكر قبض المبيع لأنه أمكن هناك أن يجعل شراء ذى اليد مقدمة لدلالة اليد على ما بينا وهكذا ذكر صاحب الهداية قول محمد في هذه الصورة وذكر في المحيط أنه يقضى لهما عنده فيجعل القبض المعين آخر القبضين ويجعل ذوا اليد آخر المشتريين كأن الخارج اشترى وقبض ثم باعها من ذى اليد وقبض فيقضى بالدار له ومثله في الجامع وشرح الكرخي والمبسوط والمختلف وإن وقت البيئتان في العقار ولم يثبتا قبضا فإن كان وقت الخارج أسبق يقضى بهما بالصاحب اليد عندهما فيجعل كأن الخارج اشترى أولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز في العقار عندهما وعند محمد رحمه الله يقضى للخارج لأنه لا يصح بيعه قبل القبض فبقى على ملكه وكان ينبغي أن يقضى بهما الذي اليد عنده أيضا فيجعل الخارج كأنه قبضها ثم باعها من بائعه وهو ذوا اليد تصحها للعقد وإن ثبتا قبضا يقضى بهما بالصاحب اليد بالإجماع لأن البيئتين جائزان على القولين لأن الخارج باعها من بائعه بعد ما قبضها وذلك صحيح وإن كان وقت صاحب اليد أسبق يقضى بهما بالخارج سواء شهدوا بالقبض أو لم يشهدوا لأن صاحب اليد قابض وقد أثبت شراءه سابقا فيجعل كأنه اشترى أولا كما شهد به شهوده ثم باعها من بائعه وهو الخارج فيجعل على أنه لم يسلم إليه أن لم يشهدوا بالقبض أو سلم إليه ثم عاد إليه بسبب آخر أن شهدوا بالقبض قال رحمه الله (ولا يرجح زيادة عدد الشهود) معناه أن أحد الخصمين إذا أقام شاهدين والآخر أكثر لا يرجح بكثرة شهوده لأن الترجيح يكون بقوة العمل لا بكثرة العمال

(قوله وإقراره) أى وإقرار ذى اليد بالملك الخارج اه
(قوله وذكر في المحيط) أى وفي الكافي هذا بخلاف ما ذكر في المبسوط والجامع الكبير وغيرهما اه قوله هذا أى ما في الهداية اه
(قوله وإن وقت البيئتان في العقار) قيد بالعقار ليظهر غيرة الخلاف كما ذكر والله أعلم اه

(قوله في المتن ادعى رجل) لفظ رجل ليس في خط الشارح وهو ثابت في المتن اه (قوله وهذا بطريق المنازعة) قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه اذا كانت الدار في يد رجل ثالث ان لم يبق لها مائة فانه يحلف ذواليد فاذا حلف ترك الدار في يده لانه لما حلف انقطع دعواهما فكأنهما لم يدعيا وان أقاما البينة فبينة كل منهما مسموعة على ما ادعى لان كل واحد منهما قىما ادعى لنفسه خارج وبينة الخارج مسموعة على ذي اليد واذا سمعت بينة كل واحد منهما قسمت الدار بينهما عند أبي حنيفة على طريق المنازعة أرباعاً أصله من سهمين الحاجة إلى النصف فدعى الجميع يدعى الجميع ومدعى النصف لا يدعى الا سهمهما فقد تفر دمعى الجميع بدعوى سهم واحد فيكون له بلامنازعة فبقى سهم واحد استوت منازعتهما فيه فيكون بينهما فينكسر فيه ضعف فيصير أربعة وان شئت قلت انما يحتاج الى حساب له نصف ونصفه نصف صحيح وأقل ذلك أربعة أسهم اه (قوله ولها نظائر) أى فن نظائر هذا رجل أوصى لرجل بكل ماله ولا خير بنصف ماله وأجازت الورثة أو لم يكن له ورثة يكون المال بينهما بطريق المنازعة أرباعاً عند أبي حنيفة رضى (٣٣٣) الله عنه وعندهما أثلاثا بطريق العول اه

(قوله وأضداد) يعنى به الخلاف على العكس كدبر قتل رجلاً خطأ وآخر عدواً وله وليان فعقأ أحد وليي العمد ودفع المولى القيمة كانت القيمة بين وليي الخطأ والذي لم يعف من وليي العمد عنده أثلاثاً على طريق العول وعندهما أرباعاً على طريق المنازعة اه وكتب مانصه قال في شرح الأقطع وصورة المنازعة أن كل جزء فرع من دعوى قوم سلم للآخر بلامنازعة فهذه صاحب النصف يدعى النصف فالنصف خلا من دعواه وسلم لصاحب الجميع والنصف الآخر استوعب منازعتهما فيه فيقتضى بينهما نصفين لصاحب الجميع ثلثاً وأرباعاً لصاحب النصف

لان ما يصلح دليلاً مستقلاً لا يصلح للترجيح وانما يرجح بالوصف ولهذا لا ترجح الآية بآية أخرى ولا الخبر بالخبر وانما يرجح بقوة فيما بان كان أحدهما متواتراً والآخر من الأحاد أو كان أحدهما مفسراً والآخر مجمل ف يرجح المفسر على المجمل والمتواتر على الأحاد لقوة وصف فيه وكذا لا يرجح أحد القياسين بالقياس لما ذكرنا قال رحمه الله (دار في يد خرا دعى رجل نصفها وآخر كلها ويرهنها فلا أول بينهما والباقي للآخر) لان مدعى الكل لا ينازعه أحد في النصف فسلم له من غير منازعة ثم استوت منازعتهما في النصف الآخر فيكون بينهما فسلم المدعى الكل ثلاثة الأرباع ومدعى النصف سلم له الربع وهذا بطريق المنازعة وهو قول أبي حنيفة رحمه الله وقالوا تقسم الدار بينهما أثلاثاً فالثلثان للمدعى الكل والثلث للمدعى النصف لان مدعى الكل يدعى النصفين والآخر النصف الواحد وليس لشيء واحد ثلثة أنصاف فيقسم بينهما أثلاثاً على قدر حقهما وهذا بطريق العول ولها نظائر واضداد بينهما مختصراً فنقول ان جنس القسمة على أربعة أنواع نوع منها يقسم بطريق العول اجماعاً وهي ثمان مسائل الميراث والديون والوصية بعادون الثلث اذا اجتمعت وزادت على الثلث والمحاباة والدراهم والمرسلة والسعاية والعبد اذا قطع عين رجل وقتل آخر خطأ فدفع بهما والمدير اذا جنى على هذا الوجه فدفعت قيمته بهما ونوع منها ما يقسم بطريق المنازعة اجماعاً وهي مسألة واحدة فضولى باع عبداً غيره من رجل وفضولى آخر باع نصفه من آخر فأجاز المولى البيعين فاختر المشرى ان لا يخذل يكون لمشتري الكل ثلثة أرباعه ولين اشترى النصف الربع بطريق المنازعة ونوع منها ما يقسم بطريق المنازعة عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما بطريق العول وهي ثلاث مسائل احداها اذا ادعى أحدهما نصف الدار والآخر كلها وهي مسألة الكتاب والثانية اذا أوصى لرجل بجميع ماله ولا خير بنصف ماله وأجازت الورثة والثالثة اذا أوصى لرجل بعد بعينه ولا خير بنصف ذلك العبد وليس له مال غيره ومنها ما يقسم بطريق العول عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما بطريق المنازعة وهي خمس مسائل احداها عبداً ذون له في التجارة بين رجلين أدانه أحدهما مائة وأدانه أجنبي مائة فدين المولى سقط نصفه لاستحالة وجوب الدين على عبده وثبت نصفه الذي في نصيب شريكه فاذا بيع بالدين يقتسمان الثمن على الخلاف الذي ذكرنا

الربع وصورة العول أن يضرب كل واحد منهم بسهمه فيجتمع السهام كلها وتقسّم العيين على مبلغ السهام فهذه صاحب الجميع يدعى الجميع وصاحب النصف يدعى النصف فيحتاج الى حساب له نصف وأقل ذلك سهمان فصاحب الجميع يدعى سهمين وصاحب النصف يدعى سهماً فيقسم بينهما على ذلك اه اتقاني (قوله الميراث) كافي امرأه ماتت وترك زوجاً واختاً لاب وأم واختاً لاب للزوج والنصف وللأخت لاب وأم والنصف وللأخت لاب السدس تكملة للثلثين فتعول القرية الى سبعة وكانت في الاصل من ستة اه اتقاني (قوله والديون) اذا اجتمعت وضافت التركة عنها اه كرجل مات وترك ألفاً ورجل عليه ألف درهم ولا خير عليه خسمائة فالألف بينهما على طريق العول لان حقهم كان في الذمة ثم انتقل الى العين اه اتقاني (قوله اذا اجتمعت وزادت على الثلث) أى بان أوصى لرجل بثلث ماله ولا خير برابع ماله ولا خير بسدس ماله ولم تجز الورثة حتى عادت الى الثلث اه (قوله والعبد) أى اذا أوصى بان يعتق من هذا العبد ومن الآخر نصفه ولا يخرج ذلك من الثلث اه (قوله فاجاز المولى البيعين) يخير المشتريان فان اختارا الرذ فلا كلام اه (قوله وليس له مال غيره) أى وأجازت الورثة أو كان يخرج من الثلث ولم تجز الورثة اه (قوله على الخلاف الذي ذكرنا) أى في أخذ المولى ثلث الثمن والاجنبي ثلثيه اه

(قوله كان بينهما على الخلاف) أي عندهما ثلاثا وعندهما أربع باعوا وانفاداه المولى بقدييه بخمسة عشر ألفا بخمسة آلاف لشريك العافي وعشرة آلاف لولي الخطأ اه (قوله في المتن ولو كانت في أيديهما) سلم صاحب الجميع نصفها على وجه القضاء ووجه القضاء وهذا لفظ القدرى وذلك لأن الدار في أيديهما ما واليد من أسباب الاستحقاق والتساوى في سبب الاستحقاق يوجب التساوى في نفس الاستحقاق فصار في يد كل واحد منهما النصف (٣٣٤) ثم دعوى مدعى النصف تنصرف إلى النصف الذي في يده دون النصف الآخر

لأنه لو لم يكن كذلك يلزم أن يكون غاصبا في أماله النصف الذي في يده وأما مور المسلمين يجب حملها على الصلاح ما أمكن وقد أقام الخارج وذو اليد البينة على ذلك النصف فكان الخارج أولى وهو مدعى الكل والنصف الذي في يده مدعى الجميع سلم له لا على طريق القضاء لأنه لا منازع له فيه فان لم تقم له ما بينة فانه يحلف مدعى النصف لمدعى الجميع ولا يحلف مدعى الجميع لمدعى النصف لأن مدعى النصف لا يدعى لنفسه شيئا مما في يد صاحب الجميع وصاحب الجميع يدعى النصف الذي في يد صاحب النصف وهو ينكر فيحلف فان حلف انقطع دعوى صاحبه وصار الحال بعد الحلف كالحال قبله وقبل الحلف كانت الدار في أيديهما نصفين فبعد الحلف كذلك اه اتفاقا (قوله في المتن وان أشكل) أي ان لم يظهر سن الدابة اه فرشتا (قوله وان خالف سن الدابة التاريخي) أي في دعوى الخارجين اه (قوله والاول ذكره الحاكم) وهو المراد بقوله سابقا بطلت البيئتان اه قال في شرح الاقطع فان خالف سن الدابة الوقتين وليس قضى بها صاحب اليد ثم قال الحاكم الصحيح أن تبطل البيئتان وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسيحي في شرح الكافي للحاكم الشهيد وان كانت على غير الوقتين أو كانت مشككة قضيت بينهما نصفين لأنه لم يثبت الوقت فصار كأنهم لم يوقتا وفي رواية أبي الليث الخوارزمي اذا كان سن الدابة على غير الوقتين فالبيئتان باطلة لأنه ظهر كذبهما إلى هنا لفظ شيخ الاسلام المذكور وقد مر مرة وقال شيخ الاسلام أبو بكر

والثانية اذا أدانها أجنبيان أحدهما مائة والآخر مائتين يقتسمان عنه على هذا والثالثة عبيد قتل رجلا خطأ وآخر عمدا وللقول عمدا ولبان فعن أحدهما فدفعت بهما كل بينهما على الخلاف والرابعة لو كان الجاني مدبرا على هذا الوجه فدفعت قيمته كانت بينهما كذلك والخامسة أم ولد قتلت مولاهما وأجنبيهما عمدا وكل واحد منهما أوليان فعن أحدهما على كل واحد منهما على التعاقب فان اتسعى في ثلاثة أرباع قيمتها فتقسم بين السابكتين فيعطى الربع لشريك العافي وأخر النصف الآخر بينهما وبين شريك العافي أولا ثلاثا لشريك العافي أولا والثالث لشريك العافي آخر اعنده وعندهما أربع باعوا ثم الأصل عنده أن القسمة متى وجبت لحق ثابت في الذمة وألحق ثابت في العين على وجه الشروع في البعض دون الكل كانت القسمة عولية ومتى وجبت القسمة لحق ثابت على وجه التمييز أو كان حق أحدهما في البعض الشائع وحق الآخر في الكل كانت القسمة على المنازعة والأصل عندهما أن الحقين متى ثبتا على الشروع في وقت واحد كانت القسمة على العول وان ثبتا على التمييز أو في وقتين كانت القسمة على المنازعة وبيان طرق هذه المسائل ونحو يجها على هذه الأصول وتعام تفرعها مذكور في شرح الزيادات لقاضيان قال رحمه الله (ولو كانت في أيديهما مائة أي لو كانت الدار في أيدي المدعين والمسئلة بحالها كانت كلها مدعى الكل لأن مدعى النصف تنصرف دعواه إلى ما في يده لا تكون يده مدعى محقة لأن حمل أمور المسلمين على الصحة واجب ولو لذلك لكان ظاهرا بالأمسالك فاقصرت دعواه على ما في يده ولا يدعى شيئا مما في يد صاحبه ومدعى الكل يدعى ما في يده لنفسه وما في يد الآخر ولا ينازعه أحد فيما في يده فيترك في يده لا على وجه القضاء واستتوت منازعتهما فباني يد صاحبه فكانت بينة أولى لأنه خارج فيه فيقتضى له في ذلك النصف فسلمه الكل نصفها بالترك لا على وجه القضاء والنصف الآخر بالقضاء قال رحمه الله (ولو برهنا على نتائج دابة وأزخاضى لمن وافق سنها تاريخه) لأن علامة الصدق ظهرت فبين وافق تاريخه سنها فترجحت بينة بذلك وفي الأخرى ظهرت علامة الكذب فيجب ردها ولا فرق في ذلك بين أن تكون الدابة في أيديهما أو في يد أحدهما أو في يد ثالث لأن المعنى لا يختلف بخلاف ما اذا كانت الدعوى في النتائج من غير تاريخ حيث يحكمهم الذي اليدان كانت في يد أحدهما أو لهما ان كانت في أيديهما أو في يد ثالث قال رحمه الله (وان أشكل ذلك فلهما) أي ان أشكل سن الدابة في موافقة أحد التاريخين بقضى لهما بهما لان أحدهما ليس بأولى بهما من الآخر وهذا اذا كانا خارجين بأن كانت الدابة في يد ثالث وكذا اذا كانت في أيديهما وان كانت في يد أحدهما قضى بها لصاحب اليد لأنه لما أشكل الأمر سقط التاريخان فصار كأنهم لم يوقرا وان خالف سن الدابة التاريخين بطلت البيئتان لأنه ظهر كذب التاريخين فيترك في يده من كانت في يده والأصح أنهم لا يبط لأن بل بقضى بها بينهما ان كانا خارجين أو كانت في أيديهما وان كانت في يد أحدهما يقضى بها الذي اليدان اعتبارا ذكر الوقت لحقهما ووجههما هاهنا في إسقاط اعتبارهما لان في اعتبارهما إسقاط حقهما فلا يعترف فصار كأنهم ذكر التاريخ من غير تاريخ وفيه صاحب اليد أولى ان كانت في يد أحدهما أو الاقضى بينهما كما اذا أشكل في موافقة سن أحد التاريخين وهكذا ذكره محمد والاول ذكره الحاكم وهو قول بعض المشايخ

والاول ذكره الحاكم) أي وهو المراد بقوله سابقا بطلت البيئتان اه قال في شرح الاقطع فان خالف سن الدابة الوقتين وليس قضى بها صاحب اليد ثم قال الحاكم الصحيح أن تبطل البيئتان وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسيحي في شرح الكافي للحاكم الشهيد وان كانت على غير الوقتين أو كانت مشككة قضيت بينهما نصفين لأنه لم يثبت الوقت فصار كأنهم لم يوقتا وفي رواية أبي الليث الخوارزمي اذا كان سن الدابة على غير الوقتين فالبيئتان باطلة لأنه ظهر كذبهما إلى هنا لفظ شيخ الاسلام المذكور وقد مر مرة وقال شيخ الاسلام أبو بكر

في يد ذي اليد كفي حالة
الانفراد اذا خالف سن
المادة الوقت بيقين فيحمل
ما ذكر محمد على أحدهذين
لنا ويلين كذا قال شيخ
الاسلام خواهر زاده في
مبسوطه اه اتقاني (قوله
لان الوديعه تصير غصبا
بالجود) أى فصار دعوى
الوديعه والغصب سواء اه
(قوله فانه يختص بالملك)
أى فصار كالمنازعه فى الدار
أحدهما ساكنه والآخر
آخذ بحلقه الباب أن
السكن أولى وكذلك اذا
تمنازعا فى بعير وعليه حمل
لاحدهما كان صاحب
الحمل أولى لان له يدا ظاهرة
وتصرفا اه اتقاني (قوله
حتى جازت الشهاده) أى
لصاحب اليد اه (قوله
وكذا لو كان أحدهما الخ)
قال الامام الاسكفاني فى

شرح الطحاوى ولو كانا جميعا راكبين أحدهما فى السرج والآخر خارج السرج قضى بالداية بينهما بالاجماع وروى عن أبى يوسف أنه قال يقضى بالداية للراكب فى السرج الى هنا لفظه فى كتاب الصلح من شرح الطحاوى ونقل الناطقى فى الاجناس عن نوادر المعلى رجلا ن على داية أحدهما راكب فى السرج والآخر ديف فادعيا الداية فهى راكب السرج فان كانا فى السرج فهى بينهما نصفان فعلى ما ذكر فى شرح الطحاوى والاجناس أن الداية فى ظاهر الرواية بينهما نصفين وما ذكره صاحب الهداية بقوله وكذا اذا كان أحدهما راكبا فى السرج والآخر ديفه فالراكب أولى من الرديف فذلك على رواية النوادر اه اتقانى (قوله دليل على تقديمه) أى ولان العادة جرت بأن الملاك ركبون فى السرج وغيرهم يكون رديفا اه من خط قارئ الهداية (قوله بخلاف التعليق بالذنب) أى فانه قد يتعلق به غير المالك اه (قوله لان الجالوس ليس بيدعليه) وكذا النوم على البساط ليس بدليل على اليد اه اتقانى (قوله والآخر عميان يسكانه) قال فى المغرب والسكان ذنب السفينة لانها به تقوم وتسكن اه مغرب

(قوله الهراذى) الهراذى جمع الهردية قصبات تضم ملوية بطاقات من الكرم فترسل عليها قضبان الكرم كذا في ديوان الادب لكن صحح في الديوان الهاء والحاء جميعا وقال في الصماخ الحردى القصب بنطى معرب ولا يقال الهردى ورأيت في نسخة عتيقة من نسخ مختصر الكرخى الحردى بالحاء وقال صاحب الجهرة في باب الحاء والذال والراء اما الذى يسميه البصريون الحردى من القصب فهو بنطى معرب وكذا قال صاحب الديوان أيضا الحردى واحد حردى القصب فعلى هذا يجوز أن يقال بالهاء والحاء جميعا الرواية في الاصل والكافى للحاكم الشهيد بالحاء وفي الجامع الصغير وشرح الكافى وقعت بالهاء لا غير قال الامام شيخ الاسلام علاء الدين الاسيحاى في شرح الكافى وإذا كان الحائط بين دارين فادعاه صاحب كل واحد من الدارين فان أباح فيه قال اذا كان لاحدهما عليه جذوع وليس للآخر عليه جذوع فهو لصاحب الجذوع لانه في يد (٣٣٦) صاحب الجذوع يعنى به اليد المستعملة واليد المستعملة لصاحب الجذوع لان

الحائط معابى الاله وصار كائنين تنازعا في دابة أحدهما راكبها والاخر أخذ بلجامها يقضى بها للراكب لانهم في يده وللاخر يافع تعلق كذا هنا فان كان له عليه هراذى أو بوارى لم يستحق بها شيئا وكان الحائط لصاحب الجذوع لانه هو المستعمل للحائط استعماله لانه بنى لوضع الجذوع عليه والتسقيف دون الهراذى لكنه لا يؤمر برفع الهراذى والبوارى لان القضاء وقع له بالحائط بناء على الظاهر والظاهر يصلح حجة للدفع دون ابطال الاستحقاق الثابت للغير ظاهرا وان كان الحائط متصلا ببناء أحدهما وللاخر عليه جذوع فهو لصاحب الجذوع لانه مستعمل للحائط فكان في يده وثبوت اليد على ما جاوره وقرب لا يكون ثبوتها عليه الا أن يكون اتصالا بتربيع وهو أن يكون أحد طرفي الاخر في هذا الحائط والطرف الاخر في الحائط لاحدهما الاخر حتى يصير في معنى حائط واحد وبناء واحد فيكون ثبوت اليد على البعض ثبوتها على الكل فيكون الحائط لصاحب الاتصال ولصاحب الجذوع موضع جذوعه وكذا ان كان الحائط متصلا من الخشب فتكون الخشبة التي في هذا الحائط مركبة بالخشبة التي في ذلك الحائط ولان اتصال التريبع أدل على سبق اليد من وضع الخشب على الجدار لانه إنما يوضع عليه بعد تمامه وصيرورته حائطا فنى عرفنا سبق يد أحدهما قضينا له به الا أنه لا يؤمر صاحب الجذوع برفع جذوعه لانه قضينا لصاحب الاتصال والتريبع بالجدار بناء على الظاهر والظاهر يصلح حجة للدفع دون ابطال الثابت فيكون لصاحب الجذوع حق وضع الجذوع لانه لم يتيقن بكونه مبطلا في الوضع لانه قد يستحق الوضع مع كون الحائط ملوا كالغير فلم يكن هذا من ضروراته اه اتقانى

بالقوة لا بالكثرة على ما بينا ومعنى الثاني أن يكون حائط عليه هراذى لرجل ولا آخر عليه جذوع أو متصل ببنائه فهو لصاحب الجذوع والاتصال دون الهراذى لان صاحب الجذوع هو المستعمل وصاحب الهراذى متملق والبناء يبنى للجذوع عادة لالوضع الهراذى فصار نظير دابة تنازعا فيها ولا أحدهما عليها حل ولا آخر كونه معلق أو محلاة معلقة فانها تكون لصاحب الحل دون صاحب الكور والمراد بالاتصال اتصال تربيع وهو أن يتداخل لبن البناء المتنازع فيه في لبن جداره ولبن جداره في لبن البناء المتنازع فيه وساج أحدهما مركب على ساج الاخر لان الاتصال بهذه المنابة لا يكون الا عند البناء فدل ذلك على أن بانهم ما واحد في وقت واحد فترجع به وكان الكرخى رحمه الله يقول صفة هذا الاتصال أن يكون الحائط المتنازع فيه متصلا بجائطين لاحدهما من الجانبين جميعا والحائطان متصلان بجائط له عقابله الحائط المتنازع فيه حتى يصير مرعاشيه القبة فينشئ يكون الكل في حكم شيء واحد والمراد عن أبي يوسف رحمه الله أن اتصال جانبي الحائط المتنازع فيه بجائطين لاحدهما يكفي ولا يشترط اتصال الحائطين بجائط له عقابله الحائط المتنازع فيه وعليه أكثر مشايخنا رجحهم الله لان الرجحان يقع بكون ملكه محيطا بالحائط المتنازع فيه من الجانبين وذلك يتم بالاتصال بجائبي الحائط المتنازع فيه وان كان الجدار من خشب فالتربيع أن يكون ساج أحدهما مركب على الآخر وأما اذا تقب وأدخل فلا يكون مرعاشيا عسيرة به ولا باتصال الملازقة من غير تربيع لعدم المداخلة فلا يدل على أنهم ما بنيامعا ولا بوضع الهراذى ولا البوارى لان الحائط لا يبنى لاجله عادة فلا يكون تصرفه فلا يعتبر أصلا كوضع الثوب على الجدار حتى لو تنازعا في حائط ولا أحدهما عليه هراذى ولا شيء للاخر فهو بينهما اذا علم أنه في أيديهم ما ولا يرجح صاحب الهراذى لعدم الاستعمال بخلاف اتصال التريبع لان الاستعمال فيه موجود من وجه ولان البناء للتسقيف وهو بالجذوع دون الهراذى وقال الشافعى رحمه الله لا يرجح بوضع الجذوع لانه محتمل يحتمل أنه ملكه وعاريه وغصب فلا يكون حجة مع الاحتمال قلنا لصاحب الجذوع مستعمل للحائط فكان في يده والقول قول صاحب اليد فصار نظير الحل على الدابة ولان الحائط يبنى للجذوع فوضعه علامة ملكه ومثل هذا يصلح أن يكون علامة كما اذا اختلف الزوجان في مقام البيت حتى جعل التريبع بالصلاحية ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلاثة فهو بينهما لا استواء ما في أصل العلة ولا معتبر بالكثرة والقلة بعد أن يبلغ ثلاثا لان الترجيح بالقوة لا بالكثرة على ما بينا وانما اشتراطنا أن يبلغ ثلاثا لأن الحائط تبنى التسقيف وذلك لا يحصل بما دون الثلاث غالبا فصار الثلاث كالنصاب له ولو كان عليه جذوع

ثبوتها عليه الا أن يكون اتصالا بتربيع وهو أن يكون أحد طرفي الاخر في هذا الحائط والطرف الاخر في الحائط لاحدهما الاخر حتى يصير في معنى حائط واحد وبناء واحد فيكون ثبوت اليد على البعض ثبوتها على الكل فيكون الحائط لصاحب الاتصال ولصاحب الجذوع موضع جذوعه وكذا ان كان الحائط متصلا من الخشب فتكون الخشبة التي في هذا الحائط مركبة بالخشبة التي في ذلك الحائط ولان اتصال التريبع أدل على سبق اليد من وضع الخشب على الجدار لانه إنما يوضع عليه بعد تمامه وصيرورته حائطا فنى عرفنا سبق يد أحدهما قضينا له به الا أنه لا يؤمر صاحب الجذوع برفع جذوعه لانه قضينا لصاحب الاتصال والتريبع بالجدار بناء على الظاهر والظاهر يصلح حجة للدفع دون ابطال الثابت فيكون لصاحب الجذوع حق وضع الجذوع لانه لم يتيقن بكونه مبطلا في الوضع لانه قد يستحق الوضع مع كون الحائط ملوا كالغير فلم يكن هذا من ضروراته اه اتقانى

(قوله لوجود سبب الاستحقاق فيه) قال الانتفاي رحمه الله ثم اختلف أصحابنا (٣٢٧) المتأخرون على الزاوية التي لكل واحد منهما ما

تحت خشبته في حكم ما بين
الخشب قال بعضهم هو
بينهم نصفان لانه لا يد
لاحد منهما فيه فلم يكن
أحدهما بأولى من الآخر
كرجلين تنازعا في دار وفي
بدأ أحدهما بيت منها وفي يد
الآخر بيتان أن الباقي
بينهم نصفين كذلك ما بين
الخشب ومنهم من يقول
ذلك بينهما على قدر خشب
كل واحد منهما لأن صاحب
الخشب الكثير مستعمل
للخشب أكثر من استعمال
الآخر فاعتبر مستعملا لما
بلى الخشب وهو المراد بقوله
وقيل على قدر خشبهما حتى
يكون لصاحب الخشب ذراع
خمس ونصف لصاحب الخشب ذراع
الثلاثة ثلاثة الأقسام اه
(قوله ثم من أصحابنا) أي
القائلين بهذا القول
اختلفوا بعد ذلك اه قوله
القائلين بهذا القول الخ
أعني القول بأن لكل واحد
منهما ما تحت خشبته اه
(قوله والتصرف أقوى
في الدلالة على الملك) أي
كما لو تنازع الدابة راكب
عليها ومعلق بالجامها اه
(قوله وذكر الطحاوي أن
صاحب الاتصال الخ)
وكون صاحب الاتصال
أولى من صاحب الخشب
هو الذي جزم به الانتفاي
ولم يجعل قول آخر غيره وتد

لاحد منهما ثلاثة ولا آخر أقل فهو لصاحب الثلاثة استحقاقا وهو قول أبي حنيفة رحمه الله والقياس
وهو مروي عن أبي حنيفة أن يكون بينهما ما نصفين لأن الترجيح لا يكون بالكثرة بل بالقوة فيستويان
فيه كما إذا كان لهما جمل على دابة لأحد منهما مائة من وللاخر من أو منوان فانها بينهما نصفان ووجه
الاستحقاق أن ما دون الثلاث حجة ناقصة إذ لا يبي الحائط لأجل الواحد أو الاثنين عادة والحجة الناقصة
لا تظهر بمقابله الكاملة ثم لصاحب الخشب الواحد والأثنين حق الوضع باتفاق الروايات لانا حكمنا بالحائط
لصاحب الخشب ذراع بالظاهر وهو يصلح للدفع لا للاستحقاق فلا يؤمر بالقلع بخلاف ما إذا أثبت الحائط له
بالينة حيث يؤمر بالقلع لأن البينة حجة مطلقة تصلح للدفع والاستحقاق وهو نظير الشفعة حتى لا يستحق
بما ثبت ملكه بالبدو بخلاف ما إذا تنازعا في دابة ولاحد منهما عليها جمل وللاخر كوز معلق أو نحوه حيث
يؤمر بالقلع وإن كان استحقاقه بالبدو ووجه الفرق أن وضع الكوز لا يمكن استحقاقه على ملك الغير
ابتداء مؤبدا وإنما يمكن مؤقتا من جهة المالك فإذا ظهر الاستحقاق أمر بالازالة وأما وضع الخشب
فيمكن استحقاقه بأن وقعت القسمة بذلك الشرط ثم اختلفت الروايات بعد ذلك في أنه يملك ذلك الموضع
أم لا فذكر في كتاب الاقرار أن الحائط كله لصاحب الاجزاء ولصاحب القليل ما تحت جذعه بريده
حق الوضع لأن الحائط لا يبنى لأجل جذع واحد أو جذعين عادة وإنما ينصب له اسطوانة فلا يحكم له
بالمالك كمسئلة الدابة إذا كان لأحد منهما عليها جمل وللاخر كوز معلق على ما بيننا وذكر في كتاب الدعوى
أن الحائط بينهما على قدر الاجزاء لأن موضع جذعه مشغول بجذعه فيكون في يده حقيقة باعتبار
الاستعمال فيثبت لكل واحد منهما الملك فيما تحت خشبته لوجود سبب الاستحقاق فيه ثم من أصحابنا
من قال يحكم بما بين الخشب بينهما على قدر الاختلاف وأكثرهم على أنه لا يملك صاحب الخشب
أو الخشبين الاموضع خشبته ومنهم من قال يكون ما بين الخشب بينهما نصفين ومنهم من قال يقسم جميع
الحائط بينهما على قدر خشبتهما باعتبار قدر الاستعمال وجعل في المحيط ما ذكر في كتاب الاقرار أصح
وقال قاضيان والصحيح أن ذلك الموضع يكون ملكا لصاحب الخشب كما ذكر في الدعوى وإن كان
لاحد منهما عليه جذوع وللاخر اتصال تربيع فصاحب الخشب ذراع أولى لأن له تصرفا في الحائط ولصاحب
الاتصال اليد والتصرف أقوى في الدلالة على الملك ورجح السرخسي هذه الرواية وذكر الطحاوي أن
صاحب الاتصال أولى لأن الحائطين بهذا الاتصال يصيران كبناء واحد فالقضاء ببعضه يصير قضاء بأكمله ثم
يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما بيننا وصح الجرجاني هذه الرواية ورجحها بالسبق لأن التربيع يكون
حالة البناء وهو سابق على وضع الخشب فكان يده باتفاقه قبل وضع الآخر الجذوع فصارت نظير سبق
التاريخ لأنه لا يرفع جذوع الآخر على ما بيننا ولا فرق في هذا بين أن يكون الاتصال من جانب أو من
الجانبين على ما ذكره الطحاوي رحمه الله وفي المحيط الأيدي في الحائط على ثلاث مراتب اتصال تربيع
واتصال ملازمة ومجاورة ووضع جذوع ومجاورة بناء ولا علامة للسبق في الحائط سوى هذا فأولاهم
صاحب التربيع فان لم يوجد فصاحب الخشب ذراع فان لم يوجد فصاحب الحاذة وان كان لأحد منهما جذع
واحد ولا شيء للآخر اختلف المشايخ فيه قبلهم فاقه سواء لأن الواحد لا يعتد به وقيل لصاحب الخشب
أولى لأن الحائط قديني بجذوع واحد وان كان ذلك غير غالب ولو كان لأحد منهما عليه هراي أو بواري
ولاشي لا آخر فهو بينهما ما الهراي لا تعتبر ولا البواري وفي فتاوى قاضيان أن كان لأحد منهما عليه
جذوع واحد ولا آخر عليه هراي أو بواري أو لم يكن له عليه شيء فهو لصاحب الخشب قال رحمه الله (ثوب
في يده وطرفه في يد آخر نصف) يعني لو تنازع الشخصان في ثوب في يد أحدهما وطرفه في يد الآخر كان
بينهم ما نصفين لأن يد كل واحد منهما ثابت في الثوب لأن الأثر احدهما ثابتة في الآخر وذلك لا يوجب

نقلت عبارته أول المقالة عند قوله لوجود سبب الاستحقاق فيه فراجعها اه (قوله ولا فرق في هذا إلى قوله على ما ذكره الطحاوي) الخ
المصنف على هامش نسخته ولم يكتب آخرها لفظة صح اه

(قوله لانه اذا كان يعبر عن نفسه) أى يشكلم ويعقل ما يقول اه اتقانى (قوله فلا يعتبر من الصبي) أى كافراره بالدين كالطلاق والعناق اه (قوله بخلاف الاقرار بالدين) أى لانه مما لا يمكن تداركه وكذا الطلاق والعناق اه (قوله فكانت غير ثابتة حكماً) أى فلم تصح الدعوى منه بخلاف غيره لان يده ليست يد غيره فمكون اليد ثابتة عليه حقيقة وحكما فتصح الدعوى منه اه (قوله وان كان لا تثبت) الذى بخط الشارح وان كان لا يثبت عليه (٣٢٨) يد غيره اه (قوله فى المتن فالساحة نصفان) بالخاء وهى عرصه فى الدار أو بين

الترجيع لما ذكرنا أن الرجحان بالقوة لا بالكثرة فصار كل تنازع فى دابة ولهما علم اجل على التفاوت كانت بينهما نصفين ولا يعتبر تفاوت الجمل حتى اذا كان لاحدهما من ولا آخر مائة من كانت بينهما بخلاف ما اذا كان فى يدهما الهداية والباقي فى يده الآخر لان الهداية ليست بثوب اذهى غير متسوجة فلم يكن فى يده شئ من الثوب فلا يراحم الآخر قال رحمه الله (صبي يعبر فقال أنا حر فاقول له) لانه اذا كان يعبر عن نفسه فهو فى يده نفسه فلا يقبل دعوى أحد عليه أنه عبده عند انكاره الابينة كالبالغ قال رحمه الله (ولو قال أنا عبد فلان أو لا يعبر عن نفسه فهو عبد لمن فى يده) أما الاول فلا لأنه أقر أنه لا يذله حيث أقر على نفسه بالرق فكان ملكا لمن فى يده كالقباش ولا يقال الاقرار بالرق من المضار فلا يعتبر من الصبي فكيف يصح اقراره به هنا لا نقول الرق لم يثبت بقول الصبي بل بدعوى ذى اليد لعدم المعارض بدعوى الحرية لانه لما صار فى يد المدعى بقرى كالقباش فى يده فقبل اقراره عليه ولا نسلم أن الاقرار بالرق من المضار لانه يمكنه التدارك بعده بدعوى الحرية اذا التناقض فيه لا يمنع صحة الدعوى بخلاف الاقرار بالدين ولا يقال الاصل فى الادعى الحرية لانه ولد آدم وحقوا عليهم ما السلام وهما حران فوجب أن لا تقبل دعوى الرق الابينة وكونه فى يده لا يوجب قبول قوله عليه كالكفيط حيث لا يقبل قول المنقط أنه عبده وان كان فى يده لا نقول الاصل اذا اعترض عليه ما يدل على خلافه يبطل وثبوت اليد دليل على خلاف ذلك الاصل لانه دليل الملك فيبطل به ذلك الاصل ولا نسلم أن اللقب اذا أقر بالرق بعد أن كان معبرا عن نفسه يخالفه فى الحكم فلا يلزمنا وان لم يعبر عن نفسه فليس فى يد المنقط من كل وجه لانه أمين فيه والامين يده فائمه مقام يد غيره فكانت غير ثابتة حكما وأما الثانى وهو ما اذا كان لا يعبر عن نفسه فلا أنه بمنزلة المتاع فيكون ملكا لمن هو فى يده ان اذاعا لعدم المعارض من يدعى نفسه حقيقة أو حكما وهذا لان الاصل فى الادعى وان كان لا يثبت عليه يد غيره كراماله حتى لا يكون مهانا كالقباش والهاشم لكن ذلك عند القدرة بان يكون معبرا عن نفسه لا عند العجز والعجز بأحد أمرين اما بالصغر حقيقة أو بالرق حكما فقبل قول المدعى ولو كبر وادعى الحرية لا يقبل قوله لانه ظهر عليه الرق فلا ينقض ذلك الابينة قال رحمه الله (عشرة أرباب فى دار فى يده وبيت فى يده آخر فالساحة نصفان) لان الساحة يحتاج اليها الملاك لاستعمالها فى أنواع المرافق من المروءة والنوضى وكسر الحطب ووضع الامتعة ونحو ذلك من أنواع المنافع وهما فى ذلك سواء فتنصف بينهما فاصارت نظير الطريق ولان الترجيع بالقوة لا بالكثرة على ما بينا غير مرة بخلاف ما اذا تنازعا فى الشرب حيث يقسم بينهما على قدر اراضيهم لان الشرب يحتاج اليه لاجل سقى الارض فعند كثرة الاراضى تكثر الحاجة اليه فية قدر بقدر الاراضى بخلاف الاتفاضة بالساحة فانه لا يختلف باختلاف الاملاك كالمروءة فى الطريق قال رحمه الله (ادعى كل أرضا أنها فى يده ولين أحدهما فيها أو بنى أو حفر فهى فى يده كالمروءة) لان اليد فى الارض غير مشاهدة وهى مقصودة فلا يثبت عند القاضى بمجرد دعواهما أنها فى يده فلا بد من اقامة ابينة أنها فى يده أو من التصرف فيها كالتأجير أو البناء أو الحفر لان التمكن من هذه الاشياء دليل على أنها فى يده ثم ان ادعى أنها فى أيديهما

يديها اه قارئ الهداية من خطه وكتب على قوله فالساحة نصفان مانصه وذلك لانهما استويا فى استعمال الساحة فى المرور ووضع الامتعة وكسر الحطب ونحو ذلك لانها لم تكن فى يدهما دون الآخر فكانت بينهما نصفين كالطريق يستوى فيه صاحب الدار وصاحب المنزل وصاحب البيت اه اتقانى وكتب أيضا مانصه قال فى شرح الطحاوى ولو كان العلو فى يدهما أحدهما والسفل فى يده الآخر والساحة فى أيديهما ولم يكن لهما بينة وحلفا وكل منهما يدعى الجميع يترك السفل فى يد صاحب السفل والعلو فى يد صاحب العلو والساحة لصاحب السفل ولصاحب العلو حتى المرور فى رواية وفى رواية أخرى الساحة بينهما نصفان وان أقاما ابينة يقضى بالسفل لصاحب العلو وبالعلو لصاحب السفل والساحة للذى قضى له بالسفل على الرواية التى

قال الساحة لصاحب السفل وعلى الرواية التى قال يكون بينهما يقضى بما فى يده الآخر وما فى يده الآخر اه اتقانى يقضى (قوله فى المتن ادعى كل أرضا أنها فى يده ولين أحدهما) قال فى الهداية وان كان أحدهما مقدرا فى الارض أو بنى أو حفر فهى فى يده بصورة المسئلة فى أصل الجامع الصغير محمد بن يعقوب عن أبى حنيفة فى أرض صحراء ادعاه رجلان كل واحد منهما يدعى أنها فى يده وأحدهما ابن فيها البناء أو حفر فيها أو بنى فيها بناء قال هى فى يده الذى أحدث فيها اللبن أو الحفر أو البناء وذلك لان هذا الفعل استعمال منه للأرض ومن ضرورة الاستعمال اثبات اليد كالمروءة والبس فى الثياب كذا ذكره فى الاسلام اه اتقانى

(قوله فكل أحدهما) يقضى عليه بكذا للعالم بعضهما الذي كان في يده وبعضها الذي كان في يد صاحبه لنكوله ولو كانت الدار في يده ثالث لم تنزع من يده لأن نكوله ليس بحجة في حق الثالث اهـ كي (قوله ويرى كل منهم ما عن دعوى صاحبه) أي وتوقف الدار على أن تظهر حقيقة الحال اهـ قارئ الهداية (قوله لم يقيم البينة على الملك) فكل شيء في أيديهم ما سوى العقار إذا طلبا القسمة فإن القاضي يقسمه من المشايخ من قال ما ذكره هنا قول أبي حنيفة أما على قولهم ما في العقار أيضا يقسم وإن لم يقيم البينة على الملك وجعل هذه المسئلة فرعا للمسئلة ذكرها في القسمة إذا طلب الورثة من القاضي قسمة العقار بينهم (٣٣٩) فإنه لا يقسمها بينهم حتى يقيموا البينة

على الميراث وعندهما يقض به بالبينة لاحتمال أنها في يد غيرهما وإن ادعيا أنها في يد أحدهما فكذلك لأنه يمكن أنهما أو أحدهما على ذلك لكن ليس للقرآن ينازعه في أنه لا قراره أنها في يد صاحبه وأقراره في حق نفسه مقبول وكذا لو حلفا أنها ليست في يد صاحبه فكل أحدهما ولو نكلا جعل في يد كل منهما نصفها الذي في يد صاحبه لصحة أقراره في حق نفسه وإن حلفا جميعا لم يقض باليد لهما فيها ويرى كل منهما ما عن دعوى صاحبه وإن أقام أحدهما البينة أنها في يده قضى له باليد فيها ويكون الآخر خارجا وكذا إن لبن أحدهما أو بنى أو غرس أو فعل شيئا آخر مما يدل على أنها في يده وإن أقاما البينة على اليد قضى به لهما فإن طلبا القسمة لا يقسم بينهما ما لم يقيموا البينة على الملك قيل هذا قول أبي حنيفة وعندهما تقسم بناء على أن الورثة إذا كانت دار في أيديهم قسمها بقولهم أنها ميراث عندهما وعند أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يقسمها حتى يقيموا البينة أنه ميراث بينهم والله أعلم بالصواب

باب دعوى النسب

قال رحمه الله (ولدت مبيعة لأقل من ستة أشهر منذ بيعت فادعاه البائع فهو ابنه وهي أم ولده ويفسخ البيع ويرد الثمن وإن ادعاه المشتري معه أو بعده) وقال زفر والشافعي لا تصح دعوته الآن بصدقه المشتري وهو القياس لأن أقدامه على البيع دليل على أن الحمل ليس منه اذ هو اعترف منه بجوازه لأن المسلم لا يبأسر الباطل ظاهر أقصافه في دعواه مناقضا وساعيا في نقض ما تم من جهته وهو البيع فلا يقبل إذا تناقض بطل الدعوى فصار كالأوداع أو البائع أو ادعى هو اعترفها أو تدبيرها قبل البيع وجه الاستحسان أن مبني النسب على الخفاء فيعفى فيه التناقض فتقبل دعوته إذا تيقن بالعلوق في ملكه بالولادة لأقل من ستة أشهر لأنه بمنزلة إقامة البينة بل فوقها وهذا لأن الإنسان قد لا يعلم العلوق بالكيفية ثم يظهر له أو قد يظن أن العلوق من غيره ثم يعلم أنه منه فيعذر في التناقض كالزوج إذا كذب نفسه بعد قضاء القاضي بنفي النسب كاللعان والاختلاف في تقيم البينة أن الزوج طلقها فلا يقبل الخلع وكالمكاتب يقيم البينة أن مولاه اعتقه قبل الكتابة فإن بينت ما تقبل مع التناقض في الدعوى للخفاء عليها لأن الزوج والمولى ينفرد كل واحد منهما بالطلاق والاعتناق فيعذران فيه بخلاف دعوى الاعتناق والتدبير بعد البيع لأنه فعل نفسه فلا يخفى عليه فلا يعذر ولأنه لم يتيقن بكذبه في الكلام الأول لاحتمال كذبه في الثاني فلا ينتقض البيع بالاحتمال حتى لو أقام البينة بالاعتناق أو التدبير تقبل بينتة لتيقننا كذبه بثبوت الحرية أو التدبير قبل البيع وبخلاف دعوى البائع لأن شرط صحة دعواه ثبوت ولاية الدعوة من وقت العلوق إلى وقت الولادة على ما بيناه من قبل ولم يوجد وإذا صح الدعوى من البائع استندت إلى وقت العلوق لكونها دعوة استيلاء فيظهر أنه باع أم ولده فيكون باطلا ويرد الثمن لبطلان البيع ولأن المشتري

هذا أي قال بعض المشايخ كذا في الفوائد الظهيرية

(٤٣ - زيلعي رابع)

باب دعوى النسب

قال الاتفاق لمافرغ عن بيان دعوى المال شرع في بيان دعوى النسب وقد قدم الأول لكونه أهم لكثرة وقوعه اهـ ثم قال الاتفاق في والدعوة إلى الطعام بفتح الدال والدعوة في النسب بالكسر هذا أكثر كلام العرب فأما عدى الرباب فيفتحون في النسب ويكسرون في الطعام كذا رأيت في أمالي ثعلب وكذا ذكر الجوهري أيضا اهـ (قوله طلقها فلا يقبل الخلع) أي أنها تسترد بدل الخلع وإن كانت متناقضة لاستقلال الزوج بإيقاع الطلاق عليها من غير علمها اهـ عمادى

(قوله أو بعده) وانما ذكر الضمير بتأويل الادعاء أو بخذف المضاف وإقامة المضاف اليه مقامه اهـ من خط الشارح (قوله حيث لا تصح دعوته في الام) قال الانتقائي ثم اذا مات (٣٣٠) الولد تعدر اثبات النسب فيه لأن الحقوق لا تثبت ابتداءً لليت ولا عليه واذا لم يثبت

النسب لم يثبت الاستيلاء لانه فرع النسب وكانت الام بجواهرها قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسيحي في شرح الكافي أعنى الولد أو دبرمه أو قتل عبده فأخذ قيمته ثم ادعاء البائع لم يصدق على ذلك لانه بطلت محليته الدعوى بالهـلاك إذ النسب ليس بأمر مقصود بعذر الولادة وكذلك العتق والتدبير تصرف لازم لا يحتمل الفسخ فتعذر تصحيح الدعوى في الولد واذا لم يصح في حق الولد لم يصح في حق الام لانها تابعة الا اذا صدقه المشتري على ذلك فيقبل ويصير كالأمر الظاهر ولولم يقتل الولد ولكنه قطعت يده فأخذ المشتري نصف قيمته ثم ادعاء البائع فانه يصدق على الدعوى ويرد البائع ما قبض من الثمن الا حصة اليد لانها صارت مقصودة بالقطع فانتهى حكم التبعية عنها فلا يظهر الاستحقاق في حقها وكذلك لو كان القطع في الام وكذلك لو كان رجلاً فقأ عيني الولد فدفعه المشتري وأخذ قيمته ثم ادعاء البائع فدعوته جائزة ويرد الثمن على المشتري ويرجع الجاني

لم يدفع الثمن اليه الا لئلا يسلّم له المبيع فاذا لم يسلّم له يرجع به ولا تعتبر دعوة المشتري مع دعوة البائع أو بعده وهو المراد بقوله وان ادعاء المشتري معه أو بعده لان دعوة البائع أسبق لانها تستند الى حالة العلوق لم يكونها دعوة استيلاء لوجود العلوق في ملكه ودعوة المشتري دعوة تحرير اذا العلوق لم يكن في ملكه فيقتصر فكانت الاولى أقوى فلا تعتبر الثانية معها ولا نهما ثبت النسب من البائع تبين أن البيع كان باطلا فلم يدخل في ملك المشتري فصار المشتري غير من الأجانب فلا تصح دعواه ولان الولد استغنى عن النسب بثبوته من البائع فلا حاجة الى اثباته من غيره واحتيز بقوله وان ادعاء المشتري معه أو بعده عما اذا ادعاء المشتري قبله لانه اذا ادعاء المشتري أولاً ثبت نسبه منه لوجود الجواز لدعوة وهو الملك ألا ترى أنه يجوز اعتاقه واعتاق أمه فكذا تصح دعوته أيضاً لحاجة النسب الى الحرية وثبت لها أمومية الولد باقراره ثم لا تصح دعوى البائع بعنده لانه قد استغنى عن النسب بثبوته من المشتري ولان النسب لا يحتمل الا بطلان فيبطل به حق استحقاق النسب للبائع ضرورة قال رحمه الله (وكذا ان ماتت الام بخلاف موت الولد) يعني اذا ماتت الام فادعى البائع الولد وقد جاءت به لافل من ستة أشهر ثبت نسبه منه مثل الاول بخلاف ما اذا مات الولد ثم ادعاء البائع حيث لا يثبت نسبه منه والفرق أن الولد هو الاصل في الباب والام تتبع له فيه ألا ترى أنها تضاف اليه فيثبت نسبه أو لا فيعتق فتتبعه أمه فيثبت لها حق الحرية بسببه لقوله عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها وقال عليه الصلاة والسلام من وطئ أمته فولدت له فهي معتقة عن دبرمه واهم ما ينماجه ولان المقصود من الدعوى الولد دون الام وهي تدخل تبعاً فكان الثابت أقوى والادنى يتبع الاقوى فاذا كان الولد هو الاصل كان المعتبر بقاءه لحاجة الى ثبوت النسب ولا يضره فوات التبع بخلاف العكس وهو ما اذا مات الولد دون الام حيث لا تصح دعوته في الام لان الحكم لا يثبت في التبع ابتداءً بدون متبوعه والولد قد استغنى عن النسب بالموت فتعذر اثباته بعده موته ولم يتعذر بعده موته فيثبت نسبه ويرد الثمن كله عند أبي حنيفة رحمه الله لانه تبين أنه باع أم ولده وبيعها باطل ولا يضرهما المشتري لان ما ليتها غير مقومة عنده كالحرة وهذا لا تضمن بالغصب عنده وعندهما يرتحصة الولد ولا يرتحصة الام لان ما ليتها مقومة عندهما فتضمن بالعقد والغصب فتكون مضمونة على المشتري فاذا رد الولد ونهى المبيع على البائع ردت حصة ما سلم له وهو الولد لئلا يجمع البطل والمبدل في ملكه ولا يجب عليه رد حصة ما لم يسلّم له وهي الام هكذا ذكروا الحكم على قولهما وكان ينبغي أن يرد البائع جميع الثمن عندهما أيضاً ثم يرجع بقيمة الام لانه لما ثبت نسب الولد منه تبين أنه باع أم ولده وبيع أم الولد غير صحيح بالاجماع فلا يجب فيه الثمن فلا يكون لاجراء المبيع منه حصة بل يجب على كل واحد من المتعاقدين رد ما قبضه ان كان باقياً ولا قبضه قال رحمه الله (وعتقهما كوثهما) أي اعتاق المشتري الام والولد كوثهما حتى لو أعتق المشتري الام دون الولد فادعى البائع أنه ابنه صححت دعوته وثبت نسبه منه ولو أعتق الولد دون الام لا تصح دعونه لما ذكرنا أن الولد هو الاصل فيعتبر قيام المانع به حتى تنتفع الدعوى دون الام كما قلنا في الموت وانما كان الاعتاق مانعاً لانه لا يحتمل النقص بعده بثبوته كالنسب فصار اعتاقه كدعوته أنه ابنه ولان الاعتاق يثبت الولاء وهو كالنسب فلا يمكن ابطاله كما لا يمكن ابطال نسبه بعد ما ادعاء المشتري ولان للبائع حقاؤه حق دعوة النسب والاستيلاء وما ثبت للمشتري حقيقة والحق لا يعارض الحقيقة والتدبير كالاعتاق لانه لا يحتمل النقص لما ظهر فيه بهض آثار الحرية وهو امتناع التملك فصار كاستيلاء ثم ان قام هذا المانع بالولد امتنع دعوة البائع لما بينا وان قام بالام لا يمنع

على المشتري بالقيمة التي أعطاه ولا يكون للعينين أرش على الجاني وقال أبو يوسف ومحمد على الجاني ما نقصه بناء على أصل وهو أن الضمان يجب في مقابلة الجثة عند أبي حنيفة فيشترط سلامتها للجاني وقد تعذر وعندهما في مقابلة النقصان والنقصان متحقق عندهما فيجب بالضمان وكذلك لو قُتِلَ عين الام اهـ (قوله ثم ان قام هذا المانع) أي وهو الاعتاق أو التدبير اهـ

(قوله فكذا العتق) قال في شرح الكافي ولو كان الام أو باعها أو وهبها أو ورثها أو آخرها أو زوجها أبطلت جميع ذلك ورددتها الى البائع لان هذه التصرفات مما يحمل النقص بعد صحتها فلا تنقض عند ظهور عدم الصحة أصلاً أولى اه اتقاني (قوله ألا ترى أن النسب الخ) قال الاتقاني أي لا يلزم من عدم صحة الاستيلاء عدم ثبات النسب لجواز الانفصال كافي ولد المغرب فانه حر باقية ثابت النسب من المستولد وأمه أمة تباع في الاسواق اه (قوله وصححه) قال الاتقاني وقد ذهب (٣٣١) صاحب الهداية في هذا الى ما ذهب اليه

شمس الأئمة السرخسي وسماء الصحيح ولكن هذا على خلاف مانص عليه محمد في الجامع الصغير وغيره وقد مر أنفا اه (قوله ولا تصير الأمة أم ولده) أي لان تصادقهما أن الولد من البائع لا يثبت كون العلق في ملكه لان البائع لا يدعي ذلك وكيف يدعي والولد لا يبق في البطن أكثر من سنتين فكان حادثاً باعد زوال ملك البائع واذ لم يثبت العلق في ملك البائع تكون دعواه هذا دعوة تحرير وغير المالك ليس بأهله اه (قوله فلا ينفذ الا في الملك) أي فلم يعتق الولد اه (قوله ثم اعلم أن الدعوة هنا الخ) قال الاتقاني رحمه الله ثم اعلم أن الدعوة على ثلاثة أوجه دعوة استيلاء ودعوة ملك ودعوة شبهة أما دعوة الاستيلاء فانهم مدعوة قوية تنفذ في الملك وغير الملك بشرط أن يكون أصل العلق في ملكه لان الحرمة تستند الى وقت العلق وتوجب هذه الدعوة فسخ ما جرى

فثبت نسبه من البائع ولا تصير أمه أم ولده لان العتق فيها لا يمكن نقضه ولا يقال ينبغي أن يبطل اعتناق المشتري لان نسب الولد ثبت مستند الى وقت العلق فثبت أنه باع أم ولده فلم يملكها المشتري فيبطل الاعتناق كالأول ولدت المبيعة ولدين في بطن واحد فأعتق المشتري أحدهما ثم ادعى البائع الآخر أنه ابنه ثبت نسبه ما منه وبطل عتق المشتري لانه لم يملكه ضرورة أنهم ما خلقا من ماء واحد ولهذا تبطل سائر تصرفاته مثل البيع والهبة فكذا العتق وتوابعه لاننا نقول بثبوت أمومية الولد ليس من أحكام ثبوت النسب ولا من ضروراته ألا ترى أن النسب يثبت في ولد المغرب وروفي ولد الأمة المنكوحه ولا تصير أم ولد له بخلاف التوأمين لانهم ما خلقا من ماء واحد فثبت لاحدهما من الاحكام ثبت للآخر ضرورة ثم اذ لم يبطل عتق المشتري في الام قبل البيع برت من الثمن ما يخص الولد خاصة ولا يرتد ما يخص الجارية بالاجماع هنا ذكر الفرق لا بين حنفية رحمه الله في المبسوط بين هذا وبين ما اذا مات الام فان البائع فيها يرتد جميع الثمن عنده وهما يرتد ما يخص الولد فقط والفرق أن في الاعتناق القاضي كذب البائع فيما يزعم أنها أم ولده حيث جعلها معتقة المشتري ولم يفسخ البيع بينهما فبقى البيع صحيحاً فيجب عليه ثمنها بخلاف فصل الموت فان زعم البائع فيه لم يبطل بشئ فبقى معتبراً في حقه اذ لم يكن مكذباً بامر عاقد يرتد جميع الثمن وفي الاعتناق يرتد حصه الولد ثم جعل هنا للولد بعد القبض حصه من الثمن كالمولد قبله لكون البائع بسبيل من فسخ هذا البيع بالدعوة فصار كالحادث قبل القبض في المعنى وفي الحادث قبل القبض له حصه من الثمن اذا استهلكه البائع وقد استهلكه هنا بالدعوة ولو كونه مستخر جاز من العقد ومن المشايخ من قال يرتد البائع جميع الثمن هنا عند أبي حنيفة رحمه الله كما في فصل الموت لان أم الولد لا قيمة لها عنده ولا يضمن بالعقد فيؤخذ بزعمه واليه مال صاحب الهداية وصححه وهو بخلاف الرواية وكيف يقال يرتد جميع الثمن والبيع لم يبطل في الجارية حيث لم يبطل اعتاقه بل يرتد حصه الولد فقط بأن يقسم الثمن على قيمتهما بأن يعتبر قيمة الأم يوم القبض لانها دخلت في ضمانه بالقبض وقيمة الولد يوم الولادة لانه صار له القيمة بالولادة فتعتبر قيمته عند ذلك قال رحمه الله (وان ولدت لا أكثر من ستة أشهر ردت دعوة البائع الا أن تصدقه المشتري) وهذا الكلام يشمل وجهين أحدهما أن تلد لا أكثر من سنتين من وقت البيع فحكمه أنه لا تصح دعواه لعدم العلق في ملكه بيقين وهو الصحيح الا اذا صدقه المشتري فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاء بالنكاح لتيقننا أن العلق لم يكن في ملكه ولا يبطل البيع ولا يعتق الولد ولا تصير الأمة أم ولده لان العلق حادث بعد البيع ولا يستند الى ما قبل البيع حتى يبطل فكأن هذه الدعوة دعوة تحرير فلا ينفذ الا في الملك اذ لا يقدر غير المالك على التحرير والثاني أن تلد لا أكثر من ستة أشهر من وقت البيع ولا قل من سنتين منه فحكمه أن دعوة البائع لا تقبل فيه أيضاً لاحتمال العلق بعد البيع فلم يوجد المصحح فيه بيقين فلم يصح إلا أن يصدق المشتري حينئذ يثبت نسبه اتصادقهما فيه وتصير الأمة أم ولده تبعاً للولد ويبطل البيع لاستناد العلق الى ما قبل البيع لا مكانه فيثبت أنه باع أم ولده وهذا لان هذه الدعوة دعوة استيلاء فستند ثم اعلم أن الدعوة هنا ثلاثة أوجه دعوة استيلاء ودعوة تحرير ودعوة شبهة كالأب يدعي

من العقود اذا كان محلاً للفسخ وينتظم الاعتراف بالوطء ودعوة المالك أن لا يكون أصل العلق في الملك وتنفذ في الملك غير الملك لان الحرية تقتصر على وقت الدعوة ولا توجب هذه الدعوة فسخ ما جرى في العقود ولا ينتظم الاعتراف بالوطء ودعوة شبهة المالك كدعوة الأب ولجارية ابنه وانما تصح بشرط أن يكون ملك الابن قائماً في الجارية والولد من وقت العلق الى وقت الدعوة لان حق التملك ثبت له بحكم ولاية التصرف في ماله لانه لا ملك للأب حقيقة ولا حق ملك بل له حق التملك عند الحاجة فصحت دعوته لحق ثبت له في مال الابن مقتضى الدعوة سابقا عليه ثم يستند الى وقت العلق كما في حقيقة الاستيلاء يثبت له الملك في مال ابنه سابقا على الاستيلاء تصح حاله

فلا بد من قيام ملك الابن من وقت العلوق الى وقت الدعوة لثبت له الحق في ماله لتعجيل الدعوة ثم اعلم أن البائع أو المشتري اذا ادعى ولد الجارية المبيعة فلا يخلو اما ان جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت البيع أو ستة أشهر فصاعدا ما بينهما وبين سنتين من وقت البيع أو جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع وقد علم ذلك أو لم يعلم وكل وجه من الواجهة الثلاثة على أربعة أوجه اما ان ادعى البائع وحده أو المشتري أو هـما جميعا معا أو على التعاقب فان جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر وقد علم ذلك فادعاء البائع وكذبه المشتري صحت دعوته استحسانا وهو قول ابراهيم النخعي حتى يثبت نسب الولد منه ويفسخ البيع ويرد الثمن على المشتري ان كان نقدا وقال زفر لا تصح دعوة البائع اذا كذب المشتري وهو القياس وهو قول الشافعي كذا ذكره زاهر زاده في مبسوطه وذلك لان دعوة البائع الولد دعوى منه ابطال ملك المشتري فلا يصدق عليه من غير تصديقه ولان اقدمه على البيع اعتراف بالولد عند نصار من اقصا في دعوته ودعوى المناقض مردودة ألا ترى أنه لو أقر أنه كان أعتقها لا يصح وكذا لو ادعاه بعدما ادعاه المشتري أو أعتقه المشتري أو جاءت به ستة أشهر فصاعدا وجه الاستحسان أن علوق الولد في ملك المدعي بيقين بمنزلة البيعة العادلة حكما في حق ثبات النسب وحرمة الولد من الاصل وصيرورة الجارية أم ولده لاستدلاله بالاب ادعى جارية ولداً منه صح دعوته وان كذب الابن اذا علم العلوق في ملك الابن فهذا أولى لان الاب له شبهة ملك في مال الابن والبائع حقيقة ملك والتناقض معقول لكان الخفاء في النسب واذا صح دعوة الاستملاء رد البيع لانها تستند الى وقت العلوق فيظهر أنه باع أم الولد وأنه لا يجوز وملك المشتري يحتمل الفسخ فيفسخ بخلاف ما اذا أعتق المشتري أو ادعاه حيث لا تصح دعوة البائع بعد ذلك لان الاعناق والنسب حق لا يزوم لا يحتمل الفسخ ولا يلزم ما اذا ادعى البائع أنه كان أعتقها أو غيرها لأنه لم يكن له على هذه الدعوى بينة لاحقيقة ولا حكم وفيما نحن فيه العلوق في ملكه بيقين صار كالبيعة حكما وان لم توجد البيعة حقيقة ولا يلزم ما اذا جاءت بالولد لستة أشهر فصاعدا لعدم البيعة لاحقيقة ولا حكما فاعتبر ذلك اقرارا محضاً على الغير فلم يعتبر هذا اذا ادعى البائع لا غير فان ادعى المشتري وحده صحت دعوته لان دعوة المشتري دعوة تحرير حتى كان للمشتري ولا على الولد كالأول أعتقه والمشتري يصح منه التحرير فيصح منه دعوة التحرير فان ادعى جميعا ان خرج الكلامان معاً فدعوة البائع أولى لأنه سابق معنى فيعتبر كالأول كان سابقا حقيقة ولو كان سابقا حقيقة بأن ادعى أو لاتم ادعى المشتري صح دعوة البائع (٣٣٣) ولم يصح دعوة المشتري فكذا هذا وانما قلنا أنه سابق لأنه من وقت العلوق ودعوة التحرير برتبة تصير على

جارية وابنه وحكم كل قسم وشرطه مذكور في موضعه وصورة كل قسم من هذه الاقسام ينقسم الى ثلاثة احوال وان سبق أحدهما صاحبه فالسابق أولى فان

كان السابق هو البائع فلما ذكرنا وان كان هو المشتري فلأن النسب لا يحتمل الفسخ هذا كله اذا جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر وقد علم ذلك فان جاءت به لستة أشهر فصاعدا ما بينهما وبين سنتين من وقت البيع وقد علم ذلك فالمسئلة على وجوه أربعة فان ادعاء البائع لا غير فانه لا تصح دعوته الا بتصديق المشتري لان علوق الولد لما لم يتيقن في ملكه صارت دعوته ودعوة أجنبي آخر سواء الآن الفرق بين البائع والاجنبي أن المشتري اذا صدق الاجنبي يثبت نسب الولد ولكن يبق الولد عبداً ولا تصير الجارية أم ولده لأنه لم يثبت علوق الولد في ملكه بتصادقهما وفيما اذا صدق البائع يثبت النسب وتصير الجارية أم ولده وينتقض البيع لحصول العلوق في ملكه وان ادعاء المشتري صح دعوته لأن دعوته صحيحة حال الانفراد فيما لا يحتمل العلوق في ملكه ففما يحتمل العلوق أولى ويجب أن يكون دعوة استملاء حتى يكون الولد حراً الاصل ولا يكون له ولا على الولد لان العلوق في ملكه ممكن وان ادعى معاً وسبق دعوة أحدهما صح دعوة المشتري لان البائع في هذه الحالة كالأجنبي فاما اذا جاءت بالولد لاكثر من سنتين وقد علم ذلك فالمسئلة على أربعة أوجه أيضاً فان ادعاء البائع لا يصح الا بتصديق المشتري لأنه لو ادعى فيما اذا جاءت به ستة أشهر لا يصح بدون تصديقه مع احتمال العلوق في ملكه وهنا أولى أن لا يصح بدون تصديقه لأنه لا يحتمل العلوق في ملكه أصلاً وان صدقه المشتري صحت الدعوة وثبت النسب كما في الاجنبي الا أنه لا ينتقض البيع ولا تصير الجارية أم ولده ويبقى الولد عبداً للمشتري وهو ثابت النسب من البائع وان ادعى معاً وسبق أحدهما صاحبه صح دعوة المشتري لان البائع كالأجنبي وهذا كله اذا علم مدة الولادة بعد البيع فاذا لم يعلم أنها جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر أو لاكثر من ستة أشهر فصاعدا ما بينهما وبين سنتين أو لاكثر من سنتين فالمسئلة على أربعة أوجه أيضاً فان ادعاء البائع لا تصح دعوته الآن يصدق المشتري لعدم يقين العلوق في ملكه وان ادعاء المشتري صح لان أكثر ما في الباب أن علوق الولد في ملك البائع بأن جاءت به لاقل من ستة أشهر ولكن هذا لا يمنع دعوة المشتري وان سبق أحدهما صاحبه في الدعوى ان سبق المشتري صحت دعوته وان سبق البائع ثم ادعى المشتري لا تصح دعوة واحد منهما لوقوع الشك في اثبات النسب من كل واحد منهما وان ادعى معاً فانه لا تصح دعوة واحد منهما ويكون الولد عبداً للمشتري لأنه وقع الشك في ثبات النسب من كل واحد منهما لانه ان كان لاقل من ستة أشهر لم يثبت النسب من المشتري ويثبت من البائع وان كان لستة أشهر أو لاكثر من سنتين ثبت من المشتري ولم يثبت من البائع فلا يثبت مع الشك وهذا عندنا وعند ابراهيم النخعي يثبت منهما لأنه

لما وقع الشك كان الالبات أولى لمافيه من الاحتياط هذا حاصل ما ذكره خواهر زاده في مسوطه اه (قوله في المتن ومن ادعى نسب أحد التوأمين) قال في المغرب التوأم اسم للولد اذا كان معه آخر في بطن واحد ويقال هما توأمين كما يقال هما زوجان وقولهم هو توأم وهما زوج خطأ اه اتقاني (قوله بخلاف ما اذا كان الولد الخ) من هنالى قوله والمال محله عند قول المصنف في المتن على وقبل اقرار بدين مخروم من نسخة الشارح اه (قوله هذا اذا كان أصل العلوق الخ) قال شيخ الاسلام علاه (٣٣٣) الدين الاسيبجاني في شرح الكافي للحاكم الشهيد واذا ولدت أمة

الرجل ولدين في بطن واحد ولم يكن أصل الحمل عنده فباع أحدهما وأعتقه المشتري ثم ادعى البائع فهما ابناء ولا ينتقض البيع ولا عتق المشتري أما ثبات النسب فلائذ لما ثبت نسب أحدهما ثبت نسب الثاني ضرورة أن أحدهما لا يقبل الفصل عن الآخر وأما عدم انتقاض البيع فلائذ حدث في المحل مانع الانتقاض وهو الحرية لأنه تعدد أثبات الحرية بطريق التبعية فلا ينتقض البيع فيه اه اتقاني (قوله لأنهما لا يفترقان) فكان قوله هذا ابنى مجازا عن قوله هذا سزاو عتاق أحد التوأمين ينفصل عن عتق الآخر فيقتصر هذا العتق على محل ولائته وصار كأن البائع أعتقهما فيعتق من في ملكه فحسب وهذا بخلاف ما لو اشترى أحد التوأمين واشترى أو المشتري الآخر ثم ادعى أحدهما نسبه حيث يعتق كلاهما وهذه دعوة تحرير فينبغي

تعالى فاحفظه قال رحمه الله (ومن ادعى نسب أحد التوأمين ثبت نسب مامنه) لما بينا وانما يعرف أنهما توأمين اذا كان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر وان كان بينهما مائة أشهر فصاعدا فليس بالتوأمين لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر فاذا أثبت بولدهم جاءت بولده آخر لأقل من ستة أشهر يعلم بالضرورة أنهما من ماء واحد اذا لم يكن علوق الثاني بعد الولادة لما ذكرنا ولا يمكن علوقه وهي حبلى بالأول لأن فم الرحم مسدود لا ينفث وهي حبلى بالانثى ورج الولد قال رحمه الله (وان باع أحدهما فاعتقه المشتري بطل عتق المشتري) معناه اذا باع أحد التوأمين فاعتقه المشتري ثم ادعى البائع الذي لم يبعه أنه ابنه ثبت نسب مامنه وبطل عتق المشتري فيه لأن دعوة البائع صحته في الذي لم يبعه لمصادفته العلوق والدعوى ملكه فيه فثبت نسبه ومن ضرورته ثبوت نسب الآخر منه لأنهما من ماء واحد فيلزم منه بطلان عتق المشتري لكونهما حرا الاصل اذ يستحيل أن يكون أحدهما حرا الاصل والاخر رقيا وهما من ماء واحد فيكون انتقاض العتق بما هو فوقه وهي الحرية الثابتة بأصل الخلقة بخلاف ما اذا كان الولد واحدا حيث لا يطل فيه اعتاق المشتري بدعوى البائع نسبه لأن العتق فيه لو بطل لبطل مقصود الاجل حق الدعوة للبائع وأنه لا يجوز على ما بينا وجهه وهما ثبتت الحرية في الذي لم يبعه ثم تعدى الى الآخر ضمنا وتبعاً وكهم من شيء ثبت ضمنا وان لم يثبت مقصودا هذا اذا كان أصل العلوق في ملكه وأما اذا لم يكن العلوق في ملكه بأن اشتراهما بعد الولادة أو اشترى أمهما وهي حبلى بهما أو باعها لغيره فبما لا أكثر من سبطين فثبت نسبهما أيضا لانهما لا يفترقان فيه ما ذكرنا لكن لا يعتق الذي ليس في ملكه وان كان المشتري قد أعتقه لا يبطل عتقه لأن هذه الدعوة دعوة تحرير لعدم العلوق في الملك فلا يملك الامن عتق الانشاء فلهذا شرط لزول العتق عليه أن يكون في ملكه بخلاف المسئلة الأولى وهو ما اذا كان العلوق في ملكه حيث يعتقان جميعا لانهم ادعوا استيلاد قس قسند ومن ضرورته عتقهما بطريق أنهم ما حرا الاصل فثبت أن باع حرا قال رحمه الله (صبي عند رجل فقال هو ابن فلان ثم قال هو ابني لم يكن ابنه وان جحد أن يكون ابنه) معناه اذا كان صبي عند رجل فقال الرجل الذي عنده الصبي هذا الصبي ابن فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه أبدا وان جحد فلان الغائب أن يكون الصبي ابنه ولا يشترط لهذا الحكم أن يكون الصبي في يده واشراطه في الكتاب وقع اتفاقا وانما لا تصح دعوة بعد ذلك لأنه أقر بثبوت نسبه من الغير وذلك يمنع ثبوت نسبه منه بدعوته لأن اقراره حجة في حق نفسه وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله وقال لا تصح دعوة المقر بعد جحد المقر له أن يكون ابنه لأن اقراره بطل بمجحد المقر له فصار كأن لم يقر ولهذا يعتق عليه بدعوته لو كان عبدا له وهذا لان الاقرار بالنسب بمحرم تدبر بالرد اذا اقرار بما لا يثبت النقض ملحق بالاقرار بما يحتمل النقض ولهذا يؤثر فيه الهزل والأكراه حتى لا يصح معهما وان كانا لا يؤثران فيما لا يحتمل النقض فصار كما اذا أقر المشتري على البائع باعتاق العبد المبيع قبل البيع وكذب البائع ثم قال المشتري أنا أعتقته فان الولاء يتحول اليه فكذا هذا ولان اقراره بالنسب نفي للنسب عن نفسه وانكارا لوجوب الحقوق عليه وذلك لا يمنع الاقرار به بعده بأن قال ليس هو ابني ثم قال هو ابني فكذا هذا ولهذا يصح كذاب الملا عن نفسه بعد نفي النسب عنه

أن يقتص على محل ولائته لما أن أحدهما اتما ان كان أباً المشتري أو ابن المشتري فان كان أباً المشتري فالابن ملك أخاه فيعتق عليه وان كان المدعى هو الابن فالاب ملك حافده فيعتق عليه كذا ذكره الترمذي نقله الشيخ الشلبي من خط فاري الهداية اه (قوله في المتن وان جحد أي الغائب اه (قوله ان يكون الصبي ابنه) وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الصبي يكون في يدي الرجل قال هو ابن عبد الغائب ثم يقول هو ابني قال لا يكون ابنه أبدا وقال يعقوب ومحمد اذا جحد العبد أن يكون ابنه كان ابن المولى الى هنالفظ أصل الجامع (قوله واشراطه في الكتاب) أي بقوله عند رجل اه (قوله لان اقراره) أي بأن هذا ابن فلان اه

(قوله ولا يحنيفه أن النسب الخ) قال الاتقاني وجهه قول أبي حنيفة أن الأقرار بالنسب من الغير أقرار بما لا يحتمل النقص فلا يصح دعوة المقر بعد ذلك وإنما قلنا أنه لا يحتمل النقص لأن في زعم المقر أنه ثابت النسب من الغير والنسب إذا ثبت لا ينتقض بالحدود والتكذيب ولهذا لو عاد المقر له إلى تصديقه جاز وثبت (٣٣٤) النسب منه وصار كذا لم يصدقه ولم يكذبه اه (قوله وادعيه معا) وبه صرح

في الفوائد الظهيرية وفيه اشار إلى أن دعوة المسلم لو سبقت يكون عبد المسلم اه من خط قارئ الهداية (قوله لا يحنيفه أن النسب الخ) بكسر الجيم اه (قوله) حيث يكون المسلم فيه أولى (وهذا عندنا) وقال زفر يستويان وقال الشافعي يحكم القائف كذا ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه اه اتقاني (قوله في المتن وان كان صبي في يد زوجين الخ) قال التمر تاشي التفاضل لا يمنع صحة دعوى النسب حتى لو قال رجل هو ابني فقلت من زنا وقالت من نكاح ثم قال الرجل من نكاح يثبت النسب منه فلو قالت ابني منكم يثبت النسب منها في النكاح فلو قالت بعد ذلك ابني منكم من نكاح ثبت لما قلنا اه من خط قارئ الهداية رحمه الله (قوله وان كان يعبر) أي وليس هذا رفق ظاهرا اه اتقاني (قوله في المتن ولدت مشتراته الخ) قال في الهداية ومن اشترى جارية فولدت ولدا

بخلاف ما اذا صدقه لانه يدعي نسباً ثابتاً من غيره وبخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه كولد الملاءنة لا يثبت نسبه من غير الملاءنة لتعلق حقه به بتكذيب نفسه ولا يحنيفه رحمه الله أن النسب مما لا يحتمل النقص بعد ثبوته والاقرار بمثله لا يرتد باردي في حق نفسه لأن اقراره حجة في حق نفسه كمن أقر بحرية عبد الغير فكذبه المولى فإنه يبق في حق المقر حراً ولا يرتد اقراره حتى لو ملكه يوم اعتق عليه لاقرار بذلك وكمن شهد على رجل بنسب صغير فرددت شهادته لثمة ثم ادعاه الشاهد لنفسه فإن دعواه لا تقبل لاقراره به الغير وهذا لانه تعلق به حق المقر له حتى لو صدقه بعد التكذيب ثبت نسبه منه وكذا لو تعلق به حق الولد فلا يرتد رد المقر له فصار كدعواه قبل الرد ولان موجب اقراره شيان ثبوت النسب من الغير وإبطال حق نفسه في الدعوة وإذا ارتد الأول لعدم ولايته عليه فلا يرتد الثاني لان اقراره حجة عليه ولا يلزم مسألة الولاء لانها على الخلاف ذكره في كتاب الولاء ولئن سلم فالتسبب ألزم من الولاء فإنه يقبل التحول من جانب الام إلى جانب الاب عند اعتاق الاب وكذا إذا ارتدت معتقة والعياذ بالله ولحققت يد الحرب وسببت وأعتقها المولى الثاني كان الولاء له والنسب لا يقبله كما مر في ولد الملاءنة فلا يصح القياس عليه وإنما يعتق عليه إذا ادعاه لاقراره به كما اذا قال لعبد له الثابت نسبه من غيره هو ابني وهذا يصلح حيلة فحين يبيع عبد أصل علقه عنده ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك من البائع فيبطل دعواه بنسبه لغيره مطلقاً عنده وعندهما بشرط أن لا يرتد المقر له بالنسب بان يسكت أو يقر بها يثبت أو غائب لا يعرف قال رحمه الله (ولو كان في يد مسلم ونصراني فقال النصراني ابني وقال المسلم عبدي فهو حر ابن النصراني) أي لو كان الصبي في أيديهم ما ادعى النصراني أنه ابنه والمسلم أنه عبده وادعيه معا كان حر ابن النصراني لانه يثاب بذلك شرف الحرية في الحال والاسلام في المال اذ لا تثل الوحدة انية ظاهرة فكان فيه الجمع بين المصلحةين وفي عكسه فوات شرف الحرية اذا لا قدرته على اكتسابها فكان الجمع بينهما أولى ولا يقال ينبغي أن يكون عبداً للمسلم لان الاسلام مرجح لاننا نقول الترجيح يكون عند التعارض وهو الاستواء ولا تعارض هنالان النظر له فيما قلنا أو فرائض الاستواء بخلاف ما اذا ادعى كل واحد منهما أنه ابنه حيث يكون المسلم فيه أولى لاستوائهما في دعوى البنوة فيرجح المسلم بالاسلام وهو أوفر للصبي لحصول الاسلام له في الحال تبعاً لآبائه قال رحمه الله (وان كان صبي في يد زوجين فزعم أنه ابنه من غيره ما وزعت أنه ابنها من غيره فهو ابنهما) لان كل واحد منهما أقر للولد بالنسب وادعى ما يبطل حق صاحبه فصح اقرارهما له ولا يبطل حق صاحبه بمجرد قوله ولا يترجح أحدهما على الآخر لاستواء أيديهما فيه وقيام أيديهما عليه وقيام الفرائض بينهما دليل ظاهر على أنه بينهما كتوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما مناصبهما هذا التوب إلى ولفلان آخر غيرك وليس لك أنت فيه شيء كان التوب بينهما ولا يصدق كل واحد منهما ما في إبطال حق صاحبه فيه إلا أن المقر له يشارك المقر في نصيبه لان المحل يحتمل الشراكة وفي النسب لا يشارك لانه لا يحتملها هذا اذا كان الصبي لا يعبر عن نفسه وان كان يعبر فالقول له أيهما صادق ثبت نسبه منه قال رحمه الله (ولدت مشتراته فاستحق غرم الاب قيمة الولد وهو حر) يعني لو اشترى أمة فولدت منه ثم استحقها مستحق ضمن المشتري قيمة الولد والولد حر وكذا اذا ملكها بسبب آخر غير الشراء أي سبب كان وكذا اذا تزوجها على أنها حرة فولدت له ثم استحقته روى ذلك عن عمر رضي الله عنه في النكاح وعن علي رضي الله

عنده فاستحقها رجل غرم الاب قيمة الولد يوم يتخاضم قال الاتقاني أي قال في الجامع الصغير في كتاب القضاء وصورتهما عنه فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل اشترى من رجل جارية فوطئها فولدت له ولداً ثم استحقها رجل قال يغرم الاب للمولى قيمة الولد يوم يتخاضم ان جاءه الولد حتى وان جاءه الولد قدمات فلا شيء على المشتري فان جاءه وقد مات الولد وترك عشرة آلاف درهم فلا شيء على الاب وان قتل الولد فأنخذ الوالد بدينه فعلى الاب قيمته الى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير (قوله وكذا اذا تزوجها على أنها حرة الخ) قال الاتقاني

والمغروور من يستولد امرأه معتمدا على ملك عيني أو نكاح على أنها حرة ثم يستحقها رجل بالبينة على أنها أمة وولدها حرا بإجماع الصحابة ثم قال الاتفاقى ثم اعلم أن ولد المغروور أمة يكون حرا بالقيمة إذا كان المغروور حرا أما إذا كان مكاتباً أو مأذوناً له في التزوج يكون ولده عبداً للمستحق خلافاً للحنابلة وسبب ذلك في كتاب المكاتب اهـ (قوله ولا ولد للمستحق عليه) أى على الولد اهـ (قوله في المتن فإن مات الولد لم يضمن الأب) أى وهو المشتري اهـ (قوله لو مات الولد قبل الخصومة الخ) قال الاتفاقى ثم (٣٣٥) ان جاء المستحق بعد مامات الولد وترك

عشرة آلاف ورثه أبوه لما
مرا أنه علق حراً في حق
المستولد ولا يغرم الأب قيمة
الولد لأنه لم يمنع الولد والميراث
ليس يبطل عن الولد حتى
يكون ممنعه كمنع الولد ولو
قتل الأب الولد يغرم قيمته
للمستحق لأنه منعه منه وكذا
لو قتله غيره وأخذ منه
يضمن قيمته لأن سلامة
البطل كسلامة الولد
ومنعه كمنعه وإن لم يأخذ
الدية من القاتل لا يضمن
شيئاً لأنه لم يمنع الولد أصلاً
لاحقيقة ولا حكماً كذا ذكر
نفر الدين قاضيان وغيره
في شروح الجامع الصغير
وقال أبو بكر الرازي في
شرح من لم يخسر الطحاوى
ويغرم الواطئ العقر
للمستحق لأنه وطئ ملك
الغير بشبهة ولا يرجع
بالعقر على الغار لأن الوطء
في هذا بمنزلة جزءاً من نفسه
وتأوله لنفسه فلا يرجع
به على غيره كالمقطع يدها لم
يرجع به على غيره وقال
شيخ الإسلام علاء الدين
الاسيحاوي في شرح الكافي
قال وإذا أُنقِصت الأمانة فأنقِصت
رجلها فأخبرته أنها حرة
وتروجها على ذلك نكاح

عنده في الشراء بمحض من الصحابة رضى الله عنهم من غير تكبير فكان إجماعاً ولأن النظر من الجانبين
واجب إذا مغروور معذوره لأنه بنى الأمر على سبب صحيح شرعاً والأمة ملك المستحق والولد حر وهما فاستوجب
الأخر النظر فوجب الجمع بينهما ما أمكن مراعاة لحقهما وذلك بأن يجعل الولد حراً لأصل في حق الأب
ورقة في حق المستحق لأن استحقاق الأصل سبب لاستحقاق الجزء فيضمن الأب قيمته يوم الخصومة لأنه
يوم المنع والتحول من العين إلى القيمة لأنه لما علق رقيقاً في حق المولى كان حقه في عين الولد وأما التحول
إلى القيمة بالقضاء فتعتبر قيمته وقت التحول وتجب هذه القيمة على الأب دون الولد حتى إذا كان الأب ميتاً
يؤخذ من تركته لأن المانع من الدفع ثبوت النسب وهو من الأب دون ولدته ولا ولد للمستحق عليه لأنه علق حراً
الأصل وأما قدرنا الرق ضرورة القضاء بالقيمة فلا تعد موضعاً ثم هذا الغروور كان في ملك الميم فقطاهر
وان كان في النكاح فإن القاضي يقضى به أو يولد لها المستحق عند إقامة المستحق البينة أنها حرة لأنه لا يظفر له
أنها المستحق وفرعها يتبعها إلا إذا أثبت الزوج أنه مغروور بأن يقيم البينة أنه تزوجها على أنها حرة فيثبت به
حرية الأصل للأولاد قال رحمه الله (فإن مات الولد لم يضمن الأب قيمته) يعنى لو مات الولد قبل الخصومة
لا يجب على الأب شيء لأن الولد لو كان مملوكاً للمستحق حقيقة لم يكن مضموناً عليه فإن الولد المغصوب أمانة
عندنا على ما عرف في موضعه فالأولى أن لا يكون مضموناً عليه مع عدم الملك حقيقة وكذا لو ترك ما لا لآن
الأثر ليس يبطل عنه فلا يقوم مقامه فلم يجعل سلامة الأثر كسلامة نفسه بخلاف ما إذا قتله قاتل
وقبض الأب من دية قدر قيمته حيث يجب عليه ضمان قيمته لأن سلامة بدله كسلامته ومنع بدله كمنعه
وان لم يقبض شيئاً لا يجب عليه لأن المنع لا يتحقق فيما لم يصل إليه وان قبض أقل من قيمته وجب عليه
بقدره اعتباراً للبعد بالكل وبخلاف ما إذا قتله الأب لأن المنع تحقق بقتله كما في ولد المغصوب إذا أنلفه
الغاصب قال رحمه الله (ويرجع بالنسب وقيمه على بائعه لا بالعقر) أى يرجع المشتري بنسب الجارية
وبقيمة الولد على بائعه ولا يرجع عائلته من العقر بوطئها لأن البائع صار كفيلاً بما شرط عليه من البذل
لأن البيع مبني على مساواة البذلين في حكم الضمان فلما كان الثمن من جانب المشتري سائماً للبائع
وجب أن يكون المبيع سائماً للمشتري وذلك بأن يجعل البائع كفيلاً بسبب تلك البذل فصارت كانه قال
للمشتري ان الحكم قد ثبت لك فان ضمنك أحد بدعى باطل فأنضمن لك بما ضمنك ولأن البائع التزم
سلامتها عن العيب إذا المعاوضة تقتضى ذلك ولا عيب فوق الاستحقاق فيرجع عليه وكذا ان هلك
عند المشتري فضمنه المستحق قيمته وقيمة الأولاد يرجع المشتري على البائع بالثمن وبما ضمن من قيمة الأولاد
لما بينا ولا يرجع عليه بقيمة الجارية لأن أخذ قيمته أمة كالأخذ بعينها وفيه لا يرجع إلا بالثمن فكذا هذا
وكذا إذا تزوج رجل على أنها حرة ثم استحققت رجوع الأب على المزوج بقيمة الولد إذا استتبلاد مبنى على
التزويج وشرط الحرية صار بمنزلة الوصف اللازم لهذا التزويج فيكون الاستتبلاد بناء على التزويج وشرط
الحرية فكان الشرط صاحب علة فنزل كالقاتل أنا كفيلاً بما خلق بسبب هذا العقد أو يقال مالزمه من
الضمان أغارز به بالاستتبلاد والاستتبلاد حكم التزويج لأنه موضوع له فكان المزوج صاحب علة فيضاف
الحكم إليه بخلاف ما إذا أخبره رجل أنها حرة أو أخبرته هي وتروجها من غير شرط الحرية حيث يكون

صحيح في الظاهر أو فاسد فولدت ولداً ثم أقام مولداً لها البينة أنها أمة فقطضى به الله فإنه يقضى بالولد أيضاً للمولى الجارية الآن يقيم الزوج البينة أنه
تروجها على أنها حرة فإن أقام البينة على ذلك جعلت الولد حراً ولا سبيل عليه ثم قال وضع المسئلة فيما إذا لم تزوجها على هذا الشرط فيكون
هذا أغتراراً منه حيث بنى أمره على مطلق خبرها فاما إذا شرط ذلك عند العقد يصير الزوج مغرووراً فيكون ولده حراً ولا سبيل عليه وجعلت
على أبيه قيمته يوم قضى به له دينا في ماله دون مال الولد اهـ

الولد رقيقاً ولا يرجع على الخبير بشئ لأن الاختيار سبب محض لأن العقد حصل باختيار الرجل والمرأة وإنما يأخذ حكم العلة بالغرور وذلك بأحد أمرين بالشرط أو بالمعاوضة ولا يرجع بما لزمه من العقر على البائع وعند الشافعي رحمه الله يرجع لأنه ضمان لزمه بفوت السلامة قلنا العقر عوض عما استوفى من منافع البضع فلورجع به سلم له المستوفى مجاناً والوطء في ملك الغير لا يجوز أن يسلم له مجاناً ولا يرجع على الواهب والمتصدق والموصى بشئ من قيمة الأولاد وعند الشافعي رحمه الله يرجع لأن الغرور قد تحقق له منه بإيجابه الملك له فيها وأخباره أنهم أملوا كته قلنا مجرد الغرور لا يكفي للرجوع فإن من أخبرنا أن هذا الطريق آمن فسلمه فأخذ الصوص ماله لم يرجع على الخبير بشئ بخلاف البيع فإنه عقد معاوضة يوجب السلامة أو الضمان على ما بينا وهذا تبرع وهو محسن وليس على المحسن من سبيل وبخلاف التزويج لأنه موضوع للاستيلاء وطلب النسل قال عليه الصلاة والسلام تنكحوا نكحوا والدوا تنكحوا الحديث فإذا لم يسلم له ما هو المقصود به رجع بذلك على من غره والمقصود بوضع الهبة إظهار الجود والسماحة وثبوت الملك وهذا المقصود يتحقق بدون الاستيلاء ولو باعها المشتري من آخر فاستولدها الثاني ثم استحققت رجوع المشتري الثاني على البائع الثاني بالثمن وبقية الولد ويرجع المشتري الأول على البائع الأول بالثمن ولا يرجع عليه بقيمة الولد عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقال لا يرجع عليه بقيمة الولد أيضاً لأن البائع الأول ضمن للثاني سلامة الولد في ضمن البيع ولم يسلم له حيث أخذ منه قيمة الولد فيرجع به عليه كفاً بالثمن والرد بالعيب ولا يبي حنيفة رحمه الله أن البائع الأول ضمن للمشتري سلامة أولاده دون سلامة أولاد المشتري منه لأن ضمان

السلامة إنما يثبت بالبيع والبيع الثاني لا يضاف إليه وإنما يضاف إلى البائع الثاني

لمباشرة باختياره فينقطع به تسبب الأول بخلاف الثمن لأن البائع الأول

ضمن للبائع الثاني سلامة المبيع فلم يسلم له فلا يسلم له بآثمه

الثمن وبخلاف الرد بالعيب لأن المشتري

الأول استحقه وسلم ما لم يوجد

والله أعلم

بالصواب

م

(قوله لأنه ضمان لزمه بفوت السلامة) أي المستحقة في العقد كما يرجع بقيمة الراد اهـ (فرع) قال الاتقاني وقد ختم كتاب الدعوى في الجامع الصغير بقوله وإذا قالت المرأة أنا أم ولدهذا الرجل وأرادت استخلاف الرجل ليس له ذلك في قول أبي حنيفة خاصة لأن أهمية الولد تابعة للنسب ولا يرى المميزين في النسب اهـ

تم الجزء الرابع ويليه الجزء الخامس وأوله كتاب الأقرار